THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 5

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA LOI CINCIA

DROIT FRANÇAIS

DE LA TRANSCRIPTION
DES DONATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT
DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT,
Le Jeudi 28 Décembre 1882, à 3 heures du soir,

PAR

CHARLES COURTOIS,
Avocat,
Lauréat de la Faculté et du Concours général.

CHERBOURG
IMPRIMERIE CH. SYFFERT, RUE DE LA DUCHÉE, 12 ET 14.
1882

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA LOI CINCIA

DROIT FRANÇAIS

DE LA TRANSCRIPTION
DES DONATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT,

Le Jeudi 28 Décembre 1882, à 3 heures du soir,

PAR

CHARLES COURTOIS,

Avocat,

Lauréat de la Faculté et du Concours général.

CHERBOURG

IMPRIMERIE CH. SYFFERT, RUE DE LA DUCHÉE, 12 ET 14.

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545818_0018

A MON GRAND PÈRE — A MA GRAND'MÈRE
A MON PÈRE ET A MA MÈRE
A MA SŒUR — A MON FRÈRE
A MES AMIS

SUFFRAGANTS

MM. TOUTAIN, *Professeur, Président.*

CAREL, *Professeur.*

VAUGEOIS, *id.*

JOUEN, *id.*

LAINÉ-DESHAYES, *Agrégé.*

INTRODUCTION

La loi Cincia n'est pas véritablement une loi, au sens spécial de ce mot dans la législation romaine, mais un plébiscite rendu vers l'an 549 ou 550 de Rome, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus.

Les philosophes et les orateurs romains font souvent allusion à cette loi dans leurs ouvrages et dans leurs discours. Grâce aux renseignements fournis par la littérature, les commentateurs savaient quelle était la date approximative de cette loi, quel magistrat l'avait proposée, et même quels personnages illustres lui avaient prêté l'appui de leur autorité. Cicéron, dans un dialogue entre Caton et Lélius nous apprend, que Fabius Maximus, le consul fameux dont les prudentes lenteurs avaient lassé l'impétueux génie d'Annibal, parla longuement malgré son extrême vieillesse en faveur de la loi Cincia sur les présents et les dons.

Mais si les littérateurs avaient indiqué aux interprètes l'origine et le but de la loi Cincia, aucun document n'avait encore révélé à la science moderne la substance de ses dispositions lorsqu'en 1823, l'abbé Maï découvrit dans la bibliothèque du Vatican un vieux palimpseste où quelque auteur inconnu avait réuni un certain nombre de décisions et de lois, entre autres, un commentaire de la loi Cincia sur les donations.

Grâce à cette précieuse découverte, grâce aussi aux travaux des romanistes allemands et français, l'histoire

du droit, malgré les nombreuses autant que regrettables lacunes du manuscrit, peut maintenant nous présenter un tableau exact et complet des évolutions successives de la législation romaine dans les deux grandes classes de dispositions à titre gratuit, c'est-à-dire dans les donations entre-vifs, aussi bien que dans les testaments et autres actes de derniére volonté.

La loi Cincia, en effet, est une phase très curieuse, et jusqu'en 1823 à peu près ignorée, de la légistation sur les donations ; elle constitue une période intermédiaire entre le droit ancien et le droit de Justinien !

D'après la loi des XII Tables, de même que le chef de famille peut à son gré disposer par testament de sa succession, de même il peut, comme il le juge à propos, disposer entre-vifs de son patrimoine pour le tout ou pour partie. Mais cette double liberté ne tarda pas à subir des restrictions ; bientôt les prudents exigèrent, au moyen de l'exhérédation directe et nominative, la preuve irrécusable d'une volonté ferme et bien déterminée chez le testateur, tandis que la loi Cincia, portée dans un esprit analogue, voulut que le donateur affirmât son intention libérale, non-seulement par le fait strictement nécessaire selon l'ancien droit à l'efficacité juridique de cette intention, mais encore par des faits concomitants ou postérieurs, exclusifs, aux yeux du législateur, de toute présomption d'entraînement ou d'irréflexion.

La loi Cincia tomba peu à peu en désuétude, malgré des efforts nombreux pour la remettre en vigueur, au moins dans quelques-unes de ses dispositions, et sous Justinien, il n'en est plus question. Mais cet empereur ne laissa point les libéralités entre vifs sans réglemen-

tation et il trouva dans la nécessité de l'insinuation le moyen tout à la fois de prémunir le donateur contre les libéralités inavouables, très-fréquentes à cette époque de corruption, et d'avertir le public du transfert de propriété,

Il serait intéressant de présenter un tableau complet et comparatif de ces trois époques ; mais une pareille étude nous entraînerait trop loin et nous nous bornerons à envisager la période intermédiaire, celle de la loi Cincia.

C'est d'ailleurs la période la plus curieuse !

Outre que nous y retrouverons tous les procédés qui, suivant les cas, servaient dans le droit ancien à réaliser la donation, nous y verrons spécialement le mécanisme de la loi elle-même, mécanisme très-original et très-complexe, utilisant avec beaucoup de précision et d'à propos toutes les situations que lui offraient ces différents procédés, et arrivant ainsi par des chemins indirects à un but aujourd'hui incontestable, la suppression effective, sans nullité de texte ou de droit, des libéralités entre vifs dues à l'entraînement ou à l'irréflexion.

La loi Cincia, évidemment, avait pour but de remédier à des abus. Pour bien saisir la valeur et la portée de notre loi, la connaissance préalable de ces abus s'impose soit au commentateur, soit à l'historien. La recherche des causes qui ont inspiré le plébiscite du tribun Cincius et qui lui ont donné une si grande importance aux yeux des philosophes et des jurisconsultes de l'époque classique nous amènera donc forcément à examiner les mœurs et l'état de la société romaine à cette époque.

Ce n'est pas tout : la loi Cincia, qui a pour objet les donations entre-vifs, les envisage et les réglemente différemment d'après la situation des personnes et la qualité des contractants. Spécialement elle s'occupe des donations rémunératoires faites aux avocats, et elle s'en occupe pour les prohiber absolument. Les causes de cette prohibition et l'histoire de ses vicissitudes depuis le sixième siècle jusqu'au temps des empereurs et de Justinien nous fournira l'occasion précieuse de jeter un coup d'œil d'ensemble sur les mœurs et les institutions du barreau romain.

A côté de l'intérêt général que l'histoire et la doctrine trouvent à l'étude de notre plébiscite se présente donc un intérêt particulier, très-puissant et très-vif pour tous ceux qui, sincèrement attachés au barreau, sont curieux d'en connaître l'histoire chez un grand peuple dont la science juridique a laissé tant de traces dans notre pays et fourni tant d'henreuses inspirations à nos législateurs du Code civil.

Nous n'avons pas, dans les fragments recueillis au Vatican, le texte de la loi Cincia, mais seulement un commentaire assez complet, bien que détruit lui-même dans plusieurs passages importants ; nous n'avons pas davantage la division de son texte, si toutefois cette division existait ; mais en analysant l'ensemble de ses dispositions, nous y apercevons trois catégories de personnes traités par elle d'une façon bien différente, et, en nous plaçant à ce point de vue, nous pouvons, très-arbitrairement et très-logiquement tout à la fois, diviser la loi Cincia et son commentaire en trois chapitres :

Le premier défend les donations rémunératoires en faveur des avocats ;

Le second établit une catégorie de personnes privilégiées qui resteront sous l'empire de l'ancien droit;

Le troisième enfin fixe aux personnes autres que les privilégiées un chiffre au-delà duquel la donation est interdite ou du moins entravée !

Etudions maintenant successivement ces trois classes de dispositions.

CHAPITRE I.

De l'interdiction des donations rémunératoires aux avocats.

La loi Cincia défendait aux orateurs de recevoir en récompense de leurs discours ou plaidoyers ni argent ni présent. Tacite dans ses annales, (livre XI, p. 5) nous rapporte cette défense en termes formels : « Lege cincià cavetur antiquitùs ne quis, ob causam orandam, pecuniam donumve accipiat ! » Le grammairien Festus et Pline le Jeune sont aussi très-explicites sur cette prohibition de la loi Cincia !

Si la défense est certaine, la portée de cette défense ne l'est pas moins. C'est d'une interdiction absolue qu'il s'agit : Que la donation soit de mille sesterces ou de mille pièces d'or, que la somme reçue soit ou non en proportion du service rendu, il n'importe ; dans les deux cas la loi est également violée !

Donc toute donation rémunératoire, faite par le client à l'avocat, est une donation illégale ; mais quelle est la sanction de cette illégalité ?

A cet égard, nous manquons d'un texte précis ; mais comment présumer qu'une loi prohibe sans annuler, ou du moins, sans porter une sanction quelconque proportionnée au but qu'elle se propose !

Or il ne peut y avoir aucun doute sur le but cherché par le tribun Cincius, si l'on consulte les annales de Tacite ou les lettres de Pline le jeune. Le texte de Tacite précédemment cité n'a pas besoin de commentaire et au besoin ce commentaire nous serait fourni par l'exposé des motifs du consul Silius, demandant au sénat romain, sous l'empereur Claude, le rétablissement de la loi Cincia tombée en désuétude. Silius déclare nettement que les suffrages de la postérité sont la seule récompense digne de l'éloquence, la seule, par conséquent, qui lui soit permise.

La loi Cincia que Silius veut remettre en vigueur avait donc pour but évident de supprimer les donations rémunératoires envers les avocats : la sanction corrélative à ce but, c'est non moins évidemment la nullité du contrat !

Comment, d'ailleurs, les historiens et les philosophes qui parlent si souvent de la loi Cincia relativement au barreau auraient-ils omis de nous signaler une particularité qui aurait eu pour résultat direct d'annuler cette prohibition qu'ils invoquent à tout moment et que les conseillers des empereurs cherchent à rétablir.

Ainsi donc, même en admettant que la loi Cincia fût restée une loi imparfaite dans ses dispositions sur le taux des donations en général, opinion aujourd'hui à peu près unanimement abandonnée, il ne faudrait rien en conclure sur la caractère de cette loi dans ses dispositions relatives aux avocats, et ici, l'existence de la sanction ne saurait être mise en doute.

Maintenant que nous connaissons la prohibition, sa portée et sa sanction, recherchons les motifs du législa-

teur, apparents ou secrets, et le sort réservé dans l'avenir à ses dispositions.

Dans l'origine, le barreau était à Rome une occupation essentiellement aristocratique, peu soucieuse par conséquent d'une rémunération pécuniaire. La connaissance du droit, soigneusement réservée par les pontifes et les patriciens, n'était à leurs yeux qu'un puissant moyen d'influence politique et d'action gouvernementale. Pour les jurisconsultes d'alors, le chemin du forum n'était pas celui qui mène à la richesse, mais celui qui conduit, rapide et sûr, aux plus grands honneurs et aux plus hautes fonctions de la République. Fiers de leurs talents et de leur science autant que de leur origine et de leur noblesse, ils n'étudiaient et ne disaient le droit, que dans ce double but : gouverner les Romains, eux-mêmes en train de conquérir le monde, et transmettre à travers les âges, à leur famille et à la postérité, un nom illustre entre tous !

Mais avec la communication de la science du droit aux familles plébéiennes, avec l'accroissement de la richesse et du luxe, des désirs et des besoins, la théorie des honoraires commença à se faire jour, et elle ne tarda pas à être mise en pratique par beaucoup d'avocats.

Assurément en France, surtout à notre époque, où les grandes fortunes patrimoniales deviennent de plus en rares, personne ne songerait à rééditer la loi Cincia, et à exiger du barreau un complet désintéressement. Pourquoi, en définitive, l'avocat ne verrait il pas ses services récompensés aussi bien que tous ceux qui s'occupent à n'importe quel titre des affaires d'autrui?

Mais, chez nous, il ne faut pas l'oublier, si les règlements de l'ordre, appuyés sur de sévères traditions,

n'interdisent pas les conventions pécuniaires entre le client et son défenseur, ils prennent grand soin d'enlever à ces conventions toute idée de contrainte ou de coërcition judiciaire, et ils leur conservent ainsi la noblesse qui convient à la nature des services rendus par l'avocat, services basés tant sur le talent et les aptitudes personnelles que sur le travail et les efforts les plus consciencieux, à ce double titre, services illimités et absolument hors de prix.

Le barreau romain, loin de présenter les mêmes garanties, manquait d'institutions rigoureuses et précises s'imposant à tous ses membres avec l'autorité d'une loi de famille, sous la sanction toujours impartiale et juste autant que paternelle et modérée des décisions d'un conseil de l'ordre.

Faut-il dès lors s'étonner qu'une fois la demande d'honoraires admise par l'usage, des abus se fussent produits, alors que rien ne venait réprimer d'une façon positive la tendance à l'avarice, naturelle au peuple romain, et la propension au luxe prise rapidement au milieu des richesses des peuples vaincus ?

Je ne crois pas, certes, que les sujets de plaintes contre le barreau fussent aussi graves au sixième siècle qu'à l'époque de Claude, où le rétablissement de la loi Cincia était réclamé avec tant de force par le Consul Silius; je ne crois pas qu'ils fussent nombreux les avocats suscitant de mauvais procès pour toucher quand même des honoraires ; je ne crois pas qu'ils fussent nombreux les Silius et les Nominatus, se faisant donner tout d'abord une forte provision, et trahissant ensuite leurs clients ou refusant de les défendre ; je pense, au contraire, pour l'honneur du barreau romain, illustré

par tant de talents et de vertus, qu'il ne faut transporter l'exposé des motifs du Consul Silius que sous bénéfice d'inventaire dans la recherche des causes de la loi Cincia, et que les faits rapportés par lui, dignes de la corruption de l'empire romain, durent être très-exceptionnels dans les cinq ou six premiers siècles de Rome.

Oh, je veux bien qne même à cette époque quelques avocats aient perdu le sentiment de leur responsabilité, qu'ils aient apporté des négligences dans l'étude des procès qui leur étaient remis, qu'ils aient montré, enfin, sur la question des honoraires des exigences trop considérables ; je veux bien surtout que le tribun Cincius ou le grand Fabius aient parlé longuement au peuple des anciens orateurs qui regardaient les suffrages de la postérité comme le plus digne prix de l'éloquence, « Véterum oratorum exempla referens, qui famam in posteros præmia cloquentiæ cogitavissent pulcherrima ! »

Mais en vérité, tous ces motifs. dont il ne faut pas s'exagérer la portée au sixième siècle de Rome, tous ces motifs même réunis ne peuvent m'expliquer la disposition si absolue et si rigoureuse de la loi Cincia, violant un principe d'équité manifeste, à savoir, que toute peine doit être récompensée, et que la récompense doit être en proportion du labeur et du service.

Assurément il y a dans cette loi un but caché, un motif secret, très-probablement un motif de politique intérieure, une ruse de guerre entre patriciens et plébéiens.

Il est un fait digne de remarque dans la lutte séculaire à Rome des deux classes de citoyens : chaque fois que la plèbe a fait une conquête, l'aristocratie, vain-

cue, cherche à tirer parti de sa défaite, et, par un détour habile, à en atténuer ou même à en supprimer les conséquences.

Ainsi les plébéiens obtiennent-ils l'accès au consulat : presque immédiatement sous prétetexte que les consuls, avec l'accroissement du nombre des citoyens, ne peuvent plus remplir toutes les fonctions de leur charge, les patriciens font détacher du consulat la préture, c'est-à-dire le pouvoir de rendre la justice, et les plébéiens, retardés dans leur marche envahissante, devront par de nouveaux efforts conquérir la préture, comme ils ont conquis le consulat.

Or, avant l'époque de la loi Cincia, l'apparition des plébéiens au barreau ne peut être mise en doute, et la fortune des nouveaux venus s'accommodait des honoraires; disons plus, ils en avaient besoin, non pour vivre assurément, mais pour rivaliser de luxe et d'influence avec les patriciens, pour parvenir à l'aristocratie de la fortune, qui depuis l'institution des centuries par Servius Tullius s'était peu à peu mêlée et fondue avec l'aristocratie de naissance, pour acquérir enfin le degré de richesse qui, depuis la loi Ovinia, rendue l'an 402 de Rome, permettait aux plébéiens choisis par les censeurs de siéger au Sénat parmi les patriciens.

Evidemment c'étaient ces nouveaux venus, ces aspirants au Sénat, ces futurs magistrats, qui, sous forme de donations rémunératoires, levaient sur le peuple de véritables impôts ! (Tite, Live, Livre 34, p. 4).

Voilà donc les plébéiens au barreau, s'enrichissant par la voie des honoraires aux dépens d'un peuple de clients mécontent et disposé à réagir !

Pourquoi les patriciens, si habiles dans l'admi-

nistration et dans la lutte, ne reculant que pas à pas devant la conquête plébéienne, auraient-ils négligé une pareille occasion de reprendre quelque peu du terrain perdu !

Et alors, par un moyen ou par un autre, profitant de sa vénalité ou de son indignation contre les abus, ils gagnent le tribun Cincius à la cause de la suppression des honoraires ; le grand Fabius, chargé d'ans et de gloire, appuie la proposition du tribun de sa parole éloquente et de son immense autorité ; aucune voix dans le peuple n'ose s'élever contre une disposition qui frappe en apparence les patriciens eux-mêmes ; la loi est votée, et ceux-là seuls peuvent rester au barreau que leur fortune et leur naissance mettent complètement au-dessus de toute préoccupation pécuniaire.

Ainsi, la classe dirigeante, par le moyen d'un plébiscite, obtient un double résultat :

1° Les classes moins riches, perdant l'accès au barreau, perdront considérablement de leur influence.

2° Ceux qui concourent à l'œuvre de la justice cesseront de pressurer le peuple par des tributs et des impôts.

De ces deux motifs, le premier, particulier à la période de lutte où nous nous trouvons, devait, à cause de sa nature même, rester dans l'ombre, tandis que le second, plus général et très-avouable, devait être le motif mis en avant à toutes les époques, non-seulement par les contemporains de la loi Cincia, mais encore par les Conseillers des Empereurs, alors que la lutte entre les deux classes de citoyens est finie, et que les plébéiens ont trouvé la satisfaction de leurs tendances égalitaires sous le triste niveau de la servitude impériale.

La lutte entre la classe dirigeante et la classse voisine d'elle par le Cens, telle est donc, selon nous, la véritable cause de cette prohibition absolue, si peu motivée en équité, et semblant, comme le dit très-exactement le savant inspecteur général des facultés de droit, M. Accarias, n'avoir été faite que pour être violée.

Naturellement, elle tomba peu à peu dans la désuétude et presque dans l'oubli.

Cependant, des faits d'une gravité exceptionnelle, signalés sous le règne de Claude, par le Consul Silius, réveillèrent l'attention des Sénateurs, et une discussion très-intéressante et très animée s'éleva au sein de cette assemblée.

Silius invoqua en faveur de la prohibition la plupart dss arguments que nous avons déjà eu l'occasion de signaler. Mais ses adversaires lui répondirent, nons sans raison, que l'avocat qui a sacrifié le temps et les efforts de sa jeunesse, et peut-être son modeste avoir, à l'étude consciencieuse des lois, était en droit de réclamer à ses clients le prix de ses labeurs et de ses services ; en vérité, le client a-t-il le droit de compter avec l'avocat, dont les veilles et l'éloquence lui ont peut être conservé la fortune, l'honneur ou la vie ?

Claude prit un moyen terme, et sans interdire les honoraires, il en fixa le taux maximum à 10.000 sesterces (environ 2000 francs), que l'avocat ne pouvait ni toucher, ni se faire promettre d'avance : « Peractis tamen negotiis, permittebatur pecuniam dumtaxat, decem millium dare ! » (Pline le Jeune, Epistolæ V. Lettres, 4, 14, et 21).

Mais les lettres de Pline-le-Jeune, qui vivait sous

Trajan, semblent bien indiquer que les prescriptions de Claude furent encore quelquefois enfreintes : témoin Nominatus, recevant de l'argent des Vicentins, et refusant de les défendre ! témoins encore les édits de Néron, et de Trajan, obligés de renouveler les prescriptions de Claude !

Enfin, nous trouvons un rescrit de Septime-Sévère et de Caracalla (L. 1, p. 12. D. de extraord. cognit), qui nous donne le dernier mot de la législation romaine sur la prohibition bizarre que nous venons d'étudier :

« La promesse d'honoraires faite avant ou pendant le procès ne peut donner lieu à une action ; faite après, elle est efficace et elle pourra donner lieu à une cognitio extraordinaria.

Mais si l'avocat a reçu une provision, cette provision doit entrer en ligne de compte et s'absorber dans la somme promise, laquelle ne doit pas dépasser cent pièces d'or ! »

Sous Justinien. il n'est plus question de la prohibition que nous venons d'étudier, prohibition qu'il fallait, malgré les atténuations considérables de Claude, renouveler sans cesse, puisqu'elle était sans cesse abrogée par la coutume, d'accord avec la justice et la raison !

CHAPITRE II

Des personnes exceptées par la loi Cincia.

Outre la prohibition que nous venons d'étudier dans le chapitre précédent, prohibition simplement relative aux honoraires du barreau, la loi Cincia contenait d'autres dispositions plus importantes ayant pour objet les donations en général.

Sans considérer la nature de la donation, notre plébiscite envisageait les personnes contractantes et les divisait en deux grandes classes :

Les unes, qu'il appelait les personnes exceptées (personœ exceptœ) et auxquelles il faisait une situation à part.

Les autres qui, n'étant pas exceptées, faisaient l'objet de ses dispositions restrictives.

Les fragments du Vatican nous énumèrent d'une façon complète et limitative les personnes exceptées. Nous verrons d'abord cette énumération, puis la situation des personnes qu'elle comprend, et enfin les causes de leur situation privilégiée.

1. *Enumération des personnes exceptées.*

Un texte du jurisconsulte Paul, reproduit par les fragments du Vatican dans les paragraphes 298 à 310, nous donne cette énumération.

Sont exceptés, d'abord les cognats jusqu'au degré de cousin issu de germain. « Mais, nous dit le texte, il n'y a que cinq degrés pleins compris dans l'exception, et une seule personne du sixième, le cousin issu de germain. » Que faut-il entendre par là ? Selon nous, ces expressions peu claires et peu compréhensibles veulent dire que les cousins issus de germains sont soumis entre eux aux interdictions ou plutôt aux entraves de la loi Cincia, mais non le cousin germain vis à vis des enfants issus de son cousin germain et réciproquement.

Cette proximité du degré n'est pas exigée d'une façon absolue, et pour les degrés plus éloignés deux conditions suffisent :

1· Que le donateur soit cognat du donataire.

2· Que l'un des contractants soit sous la puissance d'un cognat, au degré indiqué, de l'autre contractant, ou qu'il l'ait lui-même sous sa puissance.

A côté des parents viennent dans la catégorie des personnes exceptées les alliés en ligne directe, beau-fils et belle-fille, parâtre et marâtre, beau-père et belle-mère, gendre et bru !

Puis le fiancé et la fiancée, le mari et la femme !

La loi Cincia, confirmée d'ailleurs à cet égard par un rescrit d'Antonin le Pieux, n'applique l'exception qu'aux personnes alliées au moment même de la donation ; elle exige donc que le lien constitutif de l'alliance ait été formé !

Mais un doute peut s'élever sur le point de savoir si notre loi considère encore comme alliés ceux entre lesquels le lien constitutif de l'alliance s'est brisé.

Le texte ne s'expliquant pas, on doit résoudre la

question par les principes généraux qui gouvernent l'alliance envisagée au point de vue des empêchements de mariage ; et il est constant que dans la législation romaine l'alliance survit juridiquement à la disparition de la personne qui l'avait produite.

Peu importe donc que le lien soit brisé ; l'affection entre alliés peut et doit lui survivre. N'oublions pas d'ailleurs que la loi Cincia est restrictive de la liberté des conventions, et que ses restrictions disparaissent, comme nous l'avons déjà dit et comme nous allons le voir encore, partout où l'affection présumée du donateur pour le donataire explique et légitime la donation.

La loi Cincia excepte le mari et la femme ; mais pourquoi cette exception, puisque la donation entre époux était nulle ; qu'était-il besoin d'affranchir d'un taux déterminé une donation qui ne pouvait exister ni produire aucun effet?

Deux explications se présentent :

Ou bien la prohibition des donations entre époux n'existait pas encore à l'époque où fut rendue la loi Cincia, et cette explication est très-plausible ; car la loi 1. D. de donat inter virum et uxorem nous dit que c'est par la coutume, après la loi des XII Tables par conséquent, longtemps après peut-être, que s'introduisit peu à peu cette prohibition ;

Ou bien notre exception s'applique aux donations à cause de mort qui demeurèrent permises entre époux. (Loi 9 D. eodem titulo).

Entre ces deux hypothèses, il est fort difficile de choisir, mais nous n'avons pas à le faire ici, puisque l'une et l'autre motivent et expliquent également bien le texte de notre loi !

Parmi les personnes exceptées les fragments du Vatican citent encore :

Le tuteur, qui peut donner in infinitum à son pupille, mais sans que la loi Cincia admette ici de réciprocité,

La femme qui, pour cause de dot, peut toujours recevoir de son cognat ou de sa cognate, à quelque degré qu'il soient.

Le patron, qui peut recevoir de son affranchi et réciproquement.

Mais les enfants du patron sont-ils compris dans l'exception? La question était controversée ; cependant certains jurisconsultes la résolvaient par l'affirmative, s'appuyant pour commenter les expressions de la loi Cincia sur le texte de la loi des XII Tables, qui, en parlant du patron, sous-entend toujours ses enfants.

Enfin la loi Cincia exceptait le maître vis à vis du prétendu esclave rendu plus tard à sa qualité et à ses droits d'homme libre. Mais le jurisconsulte Sabinus ne voit là dans le texte qu'une redondance inexactè, désignant encore le patron vis à vis de l'affranchi.

II. *Situation faite aux personnes exceptées.*

Si nous consultons le texte des fragments du Vatican, il ne peut y avoir de doute sérieux à cet égard. Partout nous y voyons que les personnes exceptées ont entre elles pleine liberté de donner et de recevcir.

C'est d'abord le p. 298 : « Eis omnibus inter se donare capere liceto », exprsssions reproduites par le p. 309 et ne comportant aucune restriction !

C'est ensuite le p. 304 qui permet expressément au tuteur de donner in infinitum à son pupille, parce qu'il lui tient lieu véritablement de père !

Et si les personnes exceptées sont restées sous l'em-

pire de l'ancien Droit, quant au chiffre de la donation, elles y sont restées aussi quant à la perfection et à l'efficacité juridique du contrat!

C'est le p. 310 qui nous le dit en termes formels :

La mancipation et le contrat verbis suffisent à leur égard, pour la perfection de la donation, et la raison, la voici : « Quoniam neque legis cinciæ exceptio obstat! »

Ainsi, des textes très-clairs et très précis nous disent:

1° Entre personnes exceptées, la donation peut être faite in infinitum, avoir un chiffre aussi élevé qu'on voudra ;

2° La donation, à leur égard, n'est point soumise aux entraves de la loi Cincia ; elle se passait comme dans l'ancien Droit.

Dès lors, nous pouvons hardiment conclure que ces personnes sont restées absolument, et quant à la liberté, et quant à la perfection des donations, sous l'empire de l'ancien Droit, d'autant plus que les motifs qui ont porté la loi Cincia à établir des restrictions et des entraves ne s'appliquent ici en aucune façon.

Nous verrons en effet, dans le troisième chapitre, que le tribun Cincius n'eut d'autre but que d'empêcher les donations dues à l'entraînement ou à un mouvement irréfléchi, et il est bien impossible de placer dans cette catégorie les donations passées entre les personnes que nous venons d'énumérer, puisqu'à leur égard l'affection ou la reconnaissance motivent à priori la libéralité.

Cependant une théorie qui, si je ne me trompe, se recommande des autorités les plus considérables, enseigne que les personnes exceptées restent bien avec le bénéfice de l'ancien Droit, mais seulement lorsque

la donation ne dépasse pas le chiffre fixé par la loi Cincia, et voici les conséquences auxquelles aboutit cette doctrine :

Toute différence étant supprimée entre les personnes exceptées et les personnes non exceptées dans les donations ultra modum, il faut chercher cette différence dans les donations infra modum, et dire :

Les personnes exceptées peuvent seules faire infra modum une donation selon l'ancien Droit, non soumise aux innovations de la loi Cincia ; toutes les autres personnes, même en respectant le chiffre de la loi, n'ont fait qu'une convention aléatoire, soumise, quant à sa perfection, aux obstacles posés par notre plébiscite.

Voici maintenant quelques arguments que cette thèse peut invoquer :

1° Si la donation intra modum est laissée sous l'Empire de l'ancien Droit, non-seulement pour les personnes exceptées, mais encore pour les personnes non exceptées, pourquoi la loi permet-elle de repousser pour le tout et non pour l'excédant, la donation qui dépasse le chiffre fixé ?

Pour une raison bien simple, c'est que la loi Cincia, nous le verrons plus tard, s'attache aux caractères de la volonté du donateur, et que cette volonté, si elle a été faible ou entraînée, l'a été nécessairement pour le tout et non pour partie. Dès lors, il fallait arrêter la donation tout entière où la laisser tout entière arriver à son but !

2° Le second et le principal argument de cette théorie est tiré de la loi 21. D. de donationibus, empruntée au jurisconsulte Celse.

Le paragraphe 1er de cette loi pose l'hypothèse suivante :

Un créancier, voulant faire une donation dont le chiffre est supérieur à celui de la loi Cincia, délègue son débiteur à un tiers donataire.

Celse se demande alors s'il y a lieu à l'exception de la loi Cincia, et voici la solution qu'il enseigne ;

Le débiteur a-t-il payé ; le créancier a contre le tiers donataire une condictio pour répéter l'excédant du modus ;

N'a-t-il pas encore payé, le créancier a une action rescisoire (sans doute son ancienne action avec une formule fictice), pour obtenir de son débiteur le paiement de l'excédant, et le débiteur reste engagé dans les limites du modus vis-à-vis du tiers donataire.

Dans ses rapports avec le tiers donataire, le délégué ne peut opposer l'exception de la loi Cincia ; car la délégation s'analyse, nous dit Celse, en un double paiement.

Le premier, fait par le débiteur à son créancier le donateur ;

Le second, fait par le donateur au donataire !

En résumé, voilà une donation supra modum, et Celse refuse l'exception, ou un équivalent, condiction ou action rescisoire, dans les limites du modus ; mais il l'accorde pour le surplus.

Or d'après les p. 293 et 313 des fragments du Vatican, d'après tous les textes, s'il s'agit d'une personne non exceptée, on ne distingue pas, quant aux effets de la fin de non recevoir établie par notre loi Cincia entre les deux parties de la donation, le modus et l'excédant !

Concluons-en qu'il s'agit dans le texte de Celse d'une personne exceptée, et que, pour cette catégorie de personnes, la loi Cincia s'applique, au moins dans les limites de l'excédant, si la donation est supra modum !

Un tel raisonnement n'est pas sans logique ; mais à le supposer exact, que pourrait-il contre les textes formels des fragmenta Vaticana?

De plus, il doit tomber devant les considérations suivantes :

Si l'on se reporte à la deuxième hypothèse prévue par le texte de Celse, c'est à dire au cas où le paiement n'a pas eu lieu, on comprend l'action rescisoire. Car à l'exception tirée de la donation ou plutôt de la novation par le débiteur délégué, on peut supposer dans la bouche du créancier donateur la replicatio legis Cinciœ.

Mais dans le premier cas, après le paiement, que vient faire la condictio, alors que tout est fini ?

Il ne peut s'agir de l'exception legis Cinciœ : qui dit action ne dit pas exception !

Qu'est-ce donc ?

Tont simplement un procédé juridique et équitable tout à la fois, une condictio indebiti accordée par le jurisconsulte au donateur, en vertu d'un principe écrit dans le p. 266 des frag. Vaticana,

Le paiement a eu lieu : eh bien, en vertu de la loi Cincia, tout est fini !

Seulement, un cas peut se présenter et c'est celui-là que prévoit le jurisconsulte :

Le donateur déléguant s'est-il trompé sur la valeur de la donation, a-t-il cru rester en deça du taux de notre loi, eh bien, pour l'excédant, il remplit les deux conditions nécessaires à l'exercice d'une condictio indebiti :

1° Il est dans l'erreur quant à l'excédant.

2° Il pouvait ne pas payer, protégé qu'il était par l'exception perpétuelle de la loi Cincia.

Donc, il aura la condictio, et il l'aura seulement pour l'excédant, bien qu'il eût pu garder le tout au moyen de l'exception Cinciœ ; car, il ne faut pas l'oublier, le concours des deux circonstances n'a lieu que pour l'excédant.

Le texte de Celse est donc en dehors des principes mêmes que la loi Cincia met en jeu, et l'argument qu'en tire la théorie adverse se réfute donc, même si on accepte ce texte tel que nous le trouvons au Digeste.

Mais la plupart des commentateurs pensent que dans la loi 21 nous sommes en présence d'une interpolation ayant pour but de faire cadrer ses termes avec la théorie de l'insinuation où la nullité ne se produisait qu'au dessus du modus. Ainsi d'après l'opinion générale, Celse aurait accordé la condiction et l'action rescisoire pour le tout, ce qui fait tomber l'argument que nous combattons.

De même dans la loi 24, (eodem titulo), de Javolenus !

III. *Cause des exceptions.*

Si maintenant nous nous demandons pourquoi la loi Cincia s'est montrée favorable aux personnes exceptées, nous trouverons les motifs du législateur dans la qualité même de ces personnes.

Ce sont en effet les cognats entre eux, les fiancés, les époux, l'affranchi vis à vis de son patron.

C'est-à-dire des personnes qui se doivent entre elles affection ou reconnaissance.

Or, en pareil cas, quoi de plus naturel que les donations ? Quoi de moins suspect que l'intention libérale ?

Là où des motifs légitimes apparaissent a priori pour expliquer la volonté du donateur, pourquoi soumettre la manifestation de cette volonté à des épreuves multiples et réitérées ?

Ici la loi Cincia n'avait aucune raison d'innover et elle ne l'a pas fait.

CHAPITRE III.

Des personnes non exceptées.

La loi Cincia, nous venons de le voir, n'a rien changé à la situation des personnes exceptées ; elle a fait, au contraire, une situation nouvelle aux personnes non exceptées, c'est-à-dire, à tous les contractants à titre gratuit et entre-vifs non compris dans les exceptions énumérées au chapitre précédent.

Cette situation nouvelle est l'essence même de notre plébiscite ; il faut donc la déterminer d'une façon précise, en reconnaître attentivement les ressources et les procédés, et enfin, cette situation connue, en déduire le caractère et le but de la loi Cincia.

Les fragments du Vatican joints aux quelques textes du Digeste relatifs à notre loi montrent d'une façon certaine qu'elle avait établi une profonde distinction entre les donations ne dépassant pas la limite fixée par elle, et les donations au-dessus de cette limite (immodicæ donationes !)

Il y avait donc une limite, un chiffre déterminé, un modus ! Mais quel était ce modus ?

Nous n'en savons absolument rien, et c'est vainement qu'en l'absence de texte, la perspicacité des interprètes a essayé de retrouver le taux imparti aux donations par le tribun Cincius.

A cet égard, nous restons absolument dans le champ des hypothèses et des probabilités, non seulement quant au taux lui-même, mais aussi quant à la façon dont la loi l'avait déterminé.

Etait-ce un procédé analogue à celui de la loi Furia-Testamentaria, sur les legs ? Cujas incline à le croire, et il pense qu'on doit s'arrêter au chiffre de 200 solides, uniformément fixé pour tout le monde.

Dans cette limite, en effet, on comprend qu'à l'égard de tous et sans distinction de fortune, le législateur se soit montré moins rigoureux. Il n'est guère à craindre en effet que le pauvre donne à la légère, et jusqu'à 200 solides la donation faite par le riche ne peut être suspecte.

De plus il est à remarquer que Justinien prit d'abord ce chiffre pour base relativement à la formalité de l'insinuation, et que sans doute il aura emprunté ce chiffre à notre plébiscite.

Ajoutons que la loi Cincia fut rendue l'an 549 de Rome la loi Furia, l'an 571, et il serait naturel que la loi Furia se fût inspirée, pour la détermination d'un modus, du procédé employé par une loi qui ne la précédait que de quelques années.

Il n'est pas à supposer que la loi Cincia se soit arrêtée au tarif extrêmement compliqué suivi en 761 par la loi Furia-Caninia sur le nombre des affranchissements testamentaires : il y a, comme on sait, dans ce tarif, une série de chiffres croissant selon l'importance des patrimoines, mais dans des proportions qu'aucune relation mathématique ne détermine exactement.

Aussi pensons-nous qu'une hésitation sérieuse n'est permise qu'entre le procédé employé par la loi Furia, et celui admis par la loi Falcidie.

Cette dernière loi prend pour base une fraction toujours la même du patrimoine, quel qu'il soit. Ce procédé est évidemment le plus conforme à la raison, puisqu'il établit une égalité proportionnelle, une limite relative, basée sur l'importance du pratimoine de chacun.

Mais cette loi Falcidie, rendue en 714, c'est-à-dire un siècle et demi après la loi Furia testamentaria, près de deux siècles après la loi Cincia, a toujours été considérée comme le remède nécessaire à l'insuffisance des procédés admis par les lois antérieures restrictives des libéralités testamentaires, et aussi comme un remède obtenu à la longue, par tâtonnement pour ainsi dire ;

Or nous croyons que cette loi Falcidie fut venue plus tôt, nous croyons même que le procédé adopté par elle l'eût été dès le début par la loi Furia, si les législateurs se fussent trouvés à cette époque en présence d'un tarif proportionnel écrit dans notre plébiscite.

Sans vouloir être trop affirmatifs, surtout en présence du dissentiment de romanistes très distingués, l'opinion de Cujas nous paraît préférable jusqu'à nouvelles découvertes, et nous croyons à la détermination d'une somme uniforme pour tout le monde, probablement 200 solides.

Ce qu'il y a de certain, c'est qne ce taux, à le supposer uniforme, ne pouvait guère dépasser le chiffre indiqué par Cujas, puisque les libéralités mobilières sont de leur nature peu considérables et que les prohibitions de la loi Cincia s'appliquaient aux donations de meubles comme aux donations d'immeubles.

Ce qui est non moins certain, c'est qne dans l'estimation du chiffre de la libéralité, il ne fallait tenir aucun compte ni des fruits civils ni des fruits naturels perçus

par le donataire : la donation d'un capital doit s'apprécier abstraction faite des intérêts ! (Loi 11, D. de donationibus).

Mais il peut se faire que la donation porte exclusivement sur les intérêts d'un capital ou sur les fruits d'un immeuble ; la loi Cincia cesse-t-elle alors de s'appliquer ?

Oui, s'il s'agit d'une donation d'intérêts ; (L. 23, de donationibus).

Non, s'il s'agit d'une donation de fruits. (L. 9, p. 1, h. t.).

La raison de cette différence tient très-probablement à l'importance que les Romains attachaient aux immeubles et aux fruits de la terre, importance beaucoup plus grande à leurs yeux que celle du numéraire et des profits qu'on en pouvait tirer !

Nous avons vu qne la loi Cincia avait laissé les personnes exceptées sous l'empire de l'ancienne législation: pour ces personnes, pleine et entière liberté de recevoir ; perfection absolue de la donation exécutée régulièrement selon l'ancien Droit !

La fixation d'un modus était donc relative aux personnes non exceptées et l'idée qui vient naturellement à l'esprit, c'est que les libéralités faites dans les limites de ce taux restaient affranchies des prohibitions de la loi ; cela résulte d'ailleurs incontestablement de la combinaison de nos divers textes, notamment des paragraphes 304 et 310 des fragments du Vatican.

D'après ces paragraphes, le privilège des personnes exceptées porte sur la liberté de donner in infinitum, avec perfection du contrat selon l'ancien Droit.

Donc il y a liberté même pour les personnes non

exceptées, de donner avec perfection du contrat selon l'ancien Droit, dans les limites du taux fixé par la loi.

D'ailleurs, si le texte de Celse que nous avons commenté précédemment, parle des entraves apportées par la loi, c'est seulement au sujet d'une donation immodérée. (Immodica donatio).

Mais quelles étaient les dispositions de la loi relativement aux libéralités supra modum ?

C'est ici que nous abordons l'étude du mécanisme de la loi Cincia et que nous entrons au cœur de notre sujet ?

La donation, en Droit romain, ne constitue pas comme en Droit français, un mode sui generis de transférer la propriété, ayant ses formes propres et ses règles particulières, mais une simple cause d'acquisition, un motif juste et légal de transmission entre vifs ;

La donation, chez les Romains, ce n'est autre chose jusqu'à Justinien, qu'une simple intention libérale, ayant besoin pour sa réalisation effective des procédés offerts par le Droit commun pour le passage d'un bien d'une main dans une autre, procédés multiples et variant avec les différents cas qui, dans la pratique, peuvent se présenter d'après les circonstances.

Ainsi la donation pouvait se réaliser :

1° Par voie de dation ;

2° Par la remise de dette (acceptilation ou pacte de non petendo).

3° Par voie de délégation ;

4° Par voie de promesse ;

5° Au moyen d'une cession de créances à titre gratuit.

Ces divers procédés de réalisation, la loi Cincia les respecte, mais elle se montre en général plus exigeante que l'ancien Droit pour leur efficacité juridique; là où, selon l'ancien Droit tout était dit entre le donateur et le donataire, la loi Cincia permet au donateur de susciter à la perfection de la donation un obstacle infranchissable; cet obstacle, c'est un moyen de procédure que les commentateurs Romains et Français appellent l'exception legis Cinciæ, prenant alors le mot exception dans un sens très différent de celui que nous lui avons donné dans le chapitre précédent.

Cette exception, véritable moyen de procédure, suppose l'existence d'une action, et pour triompher, il faut qu'elle ne soit pas écartée elle-même par une seconde exception, c'est-à-dire par une réplique.

Suivant les faits accomplis où les procédés employés, il y aura ou il n'y aura pas entre les deux contractants d'action possible; par suite, il y aura lieu ou non d'opposer l'exception; et même au cas où l'exception viendrait régulièrement dans la procédure, une seconde exception ou réplique pourra, victorieuse de la nôtre, en paralyser les effets.

La possibilité ou l'impossibilité d'opposer l'exception, l'efficacité ou l'impuissance de ce moyen, suivant les cas,

Voilà ce qui constitue le jeu, le mécanisme de notre loi et pour le bien connaître, nous devons envisager successivement les différents procédés employés par la pratique pour la réalisation des donations.

I. — Donation pat voie de dation.

Nous distinguerons entre les donations d'immeubles et les donations de meubles.

A. — Donations d'immeubles.

S'il s'agit d'immeubles provinciaux, c'est-à-dire des immeubles de la conquête, aucune difficulté ne se présente. Insusceptibles de propriété privée, ils ne comportent que la simple possession. La donation de cette sorte d'immeubles acquiert donc par la simple tradition toute la perfection qu'elle peut avoir, tous les avantages juridiques auxquels elle peut prétendre.

Mais s'il s'agit du sol Quiritaire, des immeubles italiques, la question n'est plus aussi simple et une double hypothèse est à considérer (p. 259, Frag. Vaticana).

a. — Les immeubles ont été mancipés, mais ils n'ont pas été livrés.

Le donataire a par conséquent le domaine ex jure Quiritium, le droit de revendication, mais il n'a pas la possession !

Le voilà qui revendique l'immeuble donné, à l'action en revendication, le donateur opposera l'exception de la loi et paralysera ainsi l'effet de la donation (page 311, Frag. Vaticana) !

b. — Les immeubles ont été livrés, mais sans mancipation préalable.

Le donataire a la possession, non le domaine ex jure Quiritium ; ce domaine, c'est le donateur qui l'a conservé, et avec lui, l'action en revendication.

Il exerce cette action : le donataire, mis en possession pour cause de donation, opposera, selon le droit commun, l'exception rei donatæ et traditæ ; mais cette exception se trouvera paralysée par une réplique tirée de la loi Cincia, et le donateur, victorieux dans la procédure, reprendra son immeuble (p. 311 frag. Vaticana).

Déjà, par conséquent, le système de la loi Cincia nous apparaît :

Tant qu'une action existe entre le donateur et le donataire relativement à la chose donnée, que cette action soit, selon le droit ancien, efficace entre les mains du donataire, ou paralysée entre les mains du donateur, un moyen est là qui, sous forme de première exception ou sous forme de réplique, doit assurer le succès au donateur !

Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, une remarque s'impose à l'esprit, c'est que la loi Cincia cessait d'avoir effet lorsque la tradition et la mancipation étaient concomitantes. et le cas était fréquent !

Le fait de la possession par le donataire doit pour la perfection définitive du contrat s'ajouter à la mancipation, nous venons de le voir ; mais cette possession ne serait pas suffisante, si elle résultait d'un simple fait matériel, où la volonté du donateur n'aurait point de part ; en d'autres termes, il faut que la possession soit un avantage conféré par le donateur lui-même, un nouveau témoignage de sa volonté de donner, et si la possession émane d'une autre source, elle est impuissante à assurer l'irrévocabilité de la donation.

C'est ce qui résulte incontestablement d'une décision du jurisconsulte Paul, consignée dans la loi 5 p. 2 D, de doli mali et metus exceptione.

Un immeuble a été mancipé pour cause de donation, mais sans avoir été livré, soit avant, soit après, Le donataire se met lui-même en possession, et, le donateur gardant le silence, il se met à construire sur l'immeuble.

Après voir élevé ces constructions, le donataire néglige l'immeuble et le donateur en profite pour recouvrer la possession.

Le donataire, réveillé par ce fait, revendique le bien donné, et alors le donateur invoque le défaut de tradition d'où résulte pour lui le droit d'opposer l'exception legis Cinciæ.

Quelle est, en présence de ces diverses circonstances. la solution du jurisconsulte ?

L'exception triompherait, nous dit Paul, si en raison des constructions qu'il a laissées élever par le donataire, le donateur n'était repoussé par l'exception de dol !

Donc, s'il n'y avait pas eu de construction, le seul fait de la prise de possession aurait été impuissant à empêcher l'exercice de l'exception, et, même dans l'hypothèse du texte, cette exception pourrait encore s'exercer, à la seule condition pour le donateur de rembourser au donataire ses dépenses de construction !

Toutefois il faut se garder d'aller trop loin : le fait qui, dans l'espèce que nous venons d'examiner, permettrait d'opposer l'exception, c'est la reprise de possession opérée par le donateur ; supprimez ce fait, le donateur est complétement désarmé, vis à vis du donataire dont la possession, bien que le résultat d'un simple fait matériel, serait exempte de vices, violence, clandestinité ou précarité.

Quelle action reste-t-il en effet aux mains du donateur ? Aucune.

Et c'est en vain qu'il invoquerait l'interdit uti possidetis cardans cet interdit l'avantage est à celui qui possède au moment même de l'émission.

Le donateur qui n'avait point livré devait donc bien veiller sur la possession ; car de la possession dépendait ici non point simplement une question de preuve, mais l'irrévocabilité même de la donation.

Cependant le danger devint beaucoup moins grand lorsque l'occupation de l'immeuble par un tiers pendant l'absence temporaire, normale et habituelle du propriétaire n'entraîna plus pour ce dernier la perte de la possession.

La loi Cincia exigeait la possession de la part du donataire, et elle l'exigeait de la façon la plus rigoureuse.

La possession de droit ne suffisait pas pour assurer pleine sécurité au donataire, il fallait la possession de fait.

Si donc le donateur conserve la chose en vertu d'un constitut possessoire, par exemple, s'il s'en réserve l'usufruit, le droit du donataire est toujours soumis aux éventualités de l'exception Cincia, même lorsqu'il s'agit de la donation d'un fonds provincial (p. 313 frag, Vaticana).

Nous n'avons pas à entrer ici dans la discussion relative à la validité du constitut possessoire dans les donations en général :

Ce qu'il y a de certain, c'est que la détention, conservée par le donateur en vertu d'un constitut possessoire lui permet d'opposer l'exception, le cas échéant,

La solution donnée par le p. 265 des frag. Vatic. n'est pas en contradiction avec cette proposition.

Il y a eu donation d'argent comptant par un père à son fils, et acte a été dressé de la mise en possession.

Le fils laisse à son père le quasi-usufruit de la somme donnée !

Lorsqu'il en réclamera le remboursement, l'exception Cincia ne pourra être opposée pour deux raisons :

La réclamation aura pour base le prêt, et d'ailleurs elle n'aura pas pour but la chose donnée elle-même, mais un équivalent !

— Si après la tradition, il y a eu possession pendant le temps voulu pour l'usucapion, la loi Cincia ne vient plus (p. 259 et 292. frag. Vat.)

Ces textes parlent seulement de l'usucapion des meubles donnés, mais ils s'appliquent par identité de motifs à l'usucapion des immeubles ; eadem ratio, idem jus !

Deux ans pour revendiquer, c'est à dire deux ans pour se repentir et révoquer, s'il s'agit d'immeubles, c'est assez !

L'usucapion, ici comme dans le droit commun, remplace la mancipation.

B. — DONATIONS DE MEUBLES.

S'agit-il de meubles nec mancipi (p. 259 et 293), la tradition est suffisante.

S'agit-il de meubles mancipi, il faut la mancipation ou l'njure cessio suivies de tradition, ou bien la tradition suivie de l'usucapion.

Cependant le commentaire de la loi Cincia exige plus encore (p. 273 et 311) ! Dans les deux cas, c'est-à-dire qu'il s'agisse de meubles mancipi ou nec mancipi, il faut la possession prolongée pendant plus de six mois, ou plus exactement, il faut que, le donataire soit à même de triompher dans l'interdit utrubi !

On sait qu'en pareil cas, le succès est assuré à celui qui, dans l'année précédant l'émission de l'interdit, a eu la possession la plus longue.

C'est dont tout à la fois un interdit recuperandæ et un interdit retinendœ possessionis,

Recuperandæ, lorsque le possesseur au moment de l'émission n'a pas eu dans l'année la possession la plus longue,

Retinendœ au cas contraire !

Pourquoi l'interdit utrubi ne prend-il pas en considération comme l'interdit uti possidetis la possession contemporaine de l'émission ?

C'est que l'interdit utrubi s'applique aux meubles, l'interdit uti possidetis aux immeubles, que la possession des immeubles est facile à conserver, tandis qu'il en est autrement de la possession des meubles, dont la disparition, même chez un administrateur vigilant, est fréquente et rapide, dont la recherche est souvent longue et délicate ; les meubles glissent en quelque sorte entre les mains, aujourd'hui chez vous, demain ailleurs, mais sans que vous sachiez où, comment et pourquoi !

Aussi peut-on dire que l'interdit utrubi est encore retinendœ poesessionis, lors même que le possesseur au temps de l'émission doit succomber : car celui-là n'est pas censé avoir perdu la possession qui a encore entre les mains un moyen de la recouvrer, (L 17 p. D. De adquirendà tel amitt. possessione).

L'interdit utrubi a donc pour but de protéger le possesseur contre les pertes et disparitions provenant du hasard ou du fait des tiers, et non point contre celles provenant du fait même du possesseur.

Ainsi le tradens vendeur pourrait-il invoquer l'interdit utrubi contre l'acheteur accipiens ?

Non évidemment, et il serait repoussé par l'exception rei venditæ et traditæ, ou l'exception de dol ?

Pourquoi la mancipation et la tradition, pourquoi ces faits, suffisant à parfaire une donation d'immeubles de la plus grande valeur, ne suffiraient-ils pas à parfaire une donation de meubles souvent de faible importance?

L'application de l'interdit utrubi ne peut rationnellement se justifier qu'à l'occasion des meubles mancipi, simplement livrés.

Car ici, la volonté de donner est restée imparfaite, la revendication est possible, et par l'interdit utrubi, on évite au donateur un débat pétitoire.

De tout cela, il est permis de conclure que la loi Cincia n'avait fait quant à la perfection du contrat, aucune différence entre les immeubles et les meubles mancipi; les uns et les autres en effet sont classés par le droit romain sous une même dénomination : res pretiosiores!

Ce furent les Prudents qui s'emparèrent de l'interdit utrubi et de ses règles pour étendre l'application de la loi Cincia, en haine des donations, et ils ne distinguèrent plus pour cette application extensive, entre les meubles nec mancipi, et les meubles mancipi, simplement livrés par le donateur, ni entre les meubles mancipi simplement livrés, et ces meubles, tout à la fois livrés et mancipés.

II. —DONATION PAR VOIE DE REMISE DE DETTE.

La remise de dette peut avoir lieu de deux façons, par simple pacte de non petendo ou par acceptilation.

L'acceptilation, c'est la remise de dette par la voie du contrat litteris ; dès qu'elle existe, elle éteint absolument la créance et la donation est parfaite : « Si per acceptilationem præstitisti liberationem, omnis agendi via perempta est ! » (L. 2. C. De accept.)

Le simple pacte de non petendo, au contraire, n'éteint

pas l'action du créancier donateur, et lorsqu'il intentera cette action, si le débiteur lui oppose l'exception pacti conventi, il triomphera de cette exception par la réplique legis Cinciæ. (L. 1. p. 1 Quibus modis pignus vel.)

La loi 6. C. De solutionibus semblerait dire que la donation est parfaite dès que le pacte est intervenu ; elle met l'acceptilation et le pacte de non petendo sur la même ligne, lorsque ce pacte a eu lieu donationis causà.

Oui, mais si l'on observe que dans cette loi l'empereur Alexandre s'adresse directement à l'héritier du donateur et que c'est celui-ci qui demande si une action lui compète, on est amené à lire dans la fin du texte *tibi* au lieu de *ei*, et alors si le pacte donationis causà a éteint l'action du créancier, c'est qu'il y a lieu à l'application de la fameuse règle morte Cincià removetur, que nous expliquerons bientôt ; et, dès lors, l'antinomie entre nos deux textes disparaît.

III. — DONATION PAR VOIE DE DÉLEGATION.

La donation par voie de délégation repose toujours sur une novation soit par changement de débiteur, soit par changement de créancier.

Par changement de débiteur, si le donateur s'engage lui-même, ou fait engager son propre débiteur envers le créancier du donataire.

Par changement de créancier, si je fais engager mon propre débiteur envers un tiers donataire.

Or la novation ne pouvant produire une obligation qu'à la condition d'en éteindre une autre, la donation est parfaite dès que la délégation a eu lieu.

Cette solution conforme aux principes, est écrite dans les textes suivants : L 2. p 2, L 21. princip D. De donationibus.

En présence de ces deux textes, le doute n'est pas possible, et cependant le p. 1 de la loi 21 précitée, et la loi 5 p 5 De dolimali exceptione semblent présenter des décisions contraires.

Nous avons déjà eu l'occasion d'interpréter le p 1 de la loi 21 de Donationibus, et de démontrer qu'il ne s'explique pas au moyen de la loi Cincia, mais bien en vertu d'autres principes relatifs à la condictio indebiti, principes qui se présentent naturellement, puisque la délégation s'analyse au yeux des jurisconsultes romains en un double paiement.

La condition d'erreur est, avons-nous dit, sous entendue dans ces textes ; et alors tout est parfaitement clair et logique !

Sans cette explication, il y aurait antinomie entre le principium et le p. 1er ce qui est inadmissible. Le même jurisconsulte, à deux lignes de distance, dans la même loi, n'a pu ainsi se contredire !

Quant à la loi 5, p. 5, De doli, elle doit s'entendre absolument de la même façon.

Concluons donc que toute délégation faite avec intention libérale et sans erreur sur le chiffre constitue d'une façon immédiate et définitive la perfection de la donation.

IV. — Donation par voie de promesse

Tant que le donateur n'a pas payé, tout est en suspens.

C'est qu'en effet, il dépend de lui de payer ou de ne pas payer : à la condictio du donataire, il peut toujours opposer l'exception de la loi Cincia.

Mais supposons que le donateur a payé ; peut-il répéter ?

Ulpien, p. 266, des frag, Vaticana déclare qu'il y a paiement de l'indu, non-seulement lorsque l'on solde une dette qui n'existe pas, mais encore une dette réelle que l'on était en droit de ne pas acquitter, en vertu d'une exception perpétuelle ;

Or, l'exception de la loi Cincia est perpétuelle, dit le jurisconsulte ; donc il y a lieu à répétition !

Mais une controverse s'agite sur le point de savoir s'il y a lieu à répétition dans tous les cas, que le donateur sût ou non que la loi Cincia l'autorisait à retenir, ou bien si la répétition n'est admise que sous la condition d'erreur, en d'autres termes, s'il s'agit ici d'une condictio indebiti ou d'une condictio ex injustâ causâ.

Il est vrai que le texte ne prévoit pas expressément la condition d'erreur ; mais Ulpien n'a pas ici pour but d'indiquer les caractères de la condictio qu'il accorde ; il suffit qu'il désigne cette condictio pour nous renseigner à cet égard ; or, aucun doute n'est possible, c'est de la condictio indebiti qu'il s'agit dans ce texte.

« *Indebitum solutum* », dit le jurisconsulte en commençant, et plus loin : « *repetere eum posse disco* ! »

Le p. 266 est donc très-explicite, et d'ailleurs toute hésitation disparaîtrait devant les deux considérations suivantes :

1° Si le paiement fait sans erreur permettait la condictio, pourquoi n'existerait-elle pas aussi après la dation ou l'acceptilation.

Paiement, dation et acceptilation sont, au point de vue de l'efficacité juridique, des actes aussi irrévocables et aussi définitifs les uns que les autres, si l'on se place en dehors de la condictio indebiti !

2° Et dès lors, puisque nous serions en présence

d'une condictio ex injusta causa, il faudrait décider que jamais la donation contra Cinciam ne pouvait devenir parfaite du vivant du donateur.

Or cette doctrine, on le sait, est démentie par tous les textes de la matière, notamment par le p. 311.

Le paiement fait en connaissance de cause parfait, donc immédiatement la donation : cependant, s'il s'agit de meubles, l'interdit utrubi reste menaçant pendant six mois pour le donataire !

V. — Donation par cession de créances

La donation réalisée au moyen d'une cession de créances à titre gratuit s'analyse dans le droit classique par les principes du mandat, ainsi que le prouve un texte de Papinien, rapporté dans les frag. Vatic. au paragraphe 263.

Or le mandat est essentiellement révocable ; pour accomplir et parfaire la donation par cession de créances, il faut donc, où le paiement fait au donataire, ou la novation résultant de la litiscontestatio.

De plus, et toujours par application des principes du mandat, le donataire ne pouvait transmettre son droit à ses héritiers que si le procès était arrivé à cette hauteur de procédure où la créance se trouvait novée.

En résumé, nous n'avons, dans l'hypothèse qui nous occupe, qu'un mandant et un mandataire, et nous n'avons à nous préoccuper ni de la loi Cincia, ni du modus qu'elle établit, ni des distinctions qu'elle fait entre les personnes exceptées et non exceptées.

— Nous venons de voir dans quels cas et comment le donateur qui revient sur sa volonté peut profiter de la loi Cincia.

Reste à savoir dans quelle mesure il peut le faire.

et si la donation ultra modum doit être respectée, au moins dans les limites du modus?

Tous les textes des frag. Vaticana accordent l'exception sans en limiter l'effet à l'excédant du modus.

De même, un texte de Paul. la loi 5, p. 2, De doli, dont les termes sont absolument formels!

Mais le texte de Celse, précédemment analysé, semble restreindre l'effet de l'exception au modus.

Deux explications se présentent ici :

D'abord, nous savons que le jurisconsulte discute dans cette loi des principes étrangers à la loi Cincia ;

Et ensuite, le texte tel que nous l'avons est très-probablement le résultat d'une interpolation de Tribonien, destinée à le faire cadrer avec la théorie nouvelle de l'insinuation, où la nullité n'était prononcée qu'au-delà du modus.

Le texte de Celse n'est donc avec les autres que dans une contradiction apparente, et, d'ailleurs, la solution que donnent les jurisconsultes romains est absolument conforme à la raison.

Si la loi Cincia entrave la donation, c'est que pour elle la volonté du donateur est incertaine ou irréfléchie; or, cette volonté ne peut être certaine pour partie, incertaine pour le surplus ; la donation devait donc être empêchée pour le tout.

— Nous en aurons fini avec le mécanisme de la loi Cincia, lorsque nous aurons étudié quelques points particuliers, très-intéressants, relatifs au caractère de l'exception !

Les fragments du Vatican nous disent que la loi Cincia est *perpétuelle et populaire*.

Il importe de bien fixer la portée de ces expressions.

Si le donateur est resté en possession de la chose, pourquoi et comment se servirait-il de l'exception? Il n'a ni motif ni possibilité de rompre le silence.

Dès lors, on comprend que le simple laps de temps ne puisse lui enlever le droit d'opposer l'exception.

Que le moyen tiré de la loi Cincia soit perpétuel de sa nature, ce n'est, en définitive, que l'application d'un principe de Droit commun : les moyens de défense doivent durer autant que la possibilité de l'attaque!

L'exception étant perpétuelle, il en résulte que les héritiers du donateur peuvent en invoquer le bénéfice.

Cependant, le donateur, tout en retenant la jouissance de la chose, et en se préférant ainsi au donataire, pouvait préférer le donataire à ses héritiers, et persévérer jusqu'à sa mort dans son intention libérale. En pareil cas, c'était dépasser le but que de permettre aux héritiers eux-mêmes la révocation de la donation et l'empereur Septime Sévère, pour maintenir les entraves de la loi Cincia dans leurs vraies limites, décida, dans un rescrit confirmé par Dioclétien, que le donataire pourrait opposer victorieusement aux héritiers la réplique de dol, si, bien entendu, il apportait la preuve que le donateur avait reculé jusqu'à sa mort l'exécution du contrat uniquement dans son intérêt et non dans celui de ses successeurs.

De là cette formule énergique donnée par Papinien : « morte Cincia removetur! » formule qu'il ne faut pas prendre à la lettre, puisqu'elle ne s'appliquera qu'exceptionnellement, au cas où le donataire fera la preuve exigée par les empereurs, selon le droit commun et cette maxime bien connue : *onus probandi incumbit ei qui dicit!* (p. 266 et 312 frag. Vaticana.)

Ce qui prouve bien d'ailleurs que cette règle morte Cincia removetur n'est pas absolue, c'est le moyen de procédure employé : le donataire triomphera de l'exception par une réplique de dol ; c'est donc que l'exception subsiste en principe, jusqu'à nouvel ordre.

Autrement il eût été plus simple et plus logique de refuser immédiatement à l'héritier l'insertion de l'exception Cincia dans la procédure.

Lorsque le donateur avait reculé jusqu'à sa mort la perfection de la libéralité, c'était à cette époque seulement, mais du moins à cette époque, que le donataire, appuyé sur les intentions du disposant, savait d'une façon définitive la sort réservé aux avantages qui lui avaient été faits.

Faut-il conclure de là que, par suite de la règle morte Cincia removetur, la donation non exécutée vivo donatore se transformait en donation mortis causa ?

Non évidemment, et Papinien dans le p. 259 prend soin de nous le dire. C'est qu'en effet la donation a eu lieu comme donation entre-vifs, et elle pouvait très bien recevoir sa perfection avant la mort du donateur !

De là deux conséquences importantes :

1· Le donataire, bien que dépourvu du jus capiendi, incapable par conséquent de recueillir mortis causâ, peut réclamer la donation entre-vifs tombant sous le coup de la loi Cincia, pourvu, bien entendu, qu'il y ait lieu à la réplique de dol·

2· Pareille donation n'est pas frappée de réduction par la loi Falcidie, et par contre, ne doit pas être imputée sur la quarte d'un légitimaire.

— Il est absolument inutile de dire qu'll ne pouvait être question du caractère perpétuel de l'exception,

lorsque la chose donnée, après une mise en possession, avait été usucapée par le donataire, puisqu'en pareil cas tout droit à l'exception avait disparu.

— Pas plus que son caractère perpétuel, le caractère populaire de l'exception ne nous semble devoir être pris à la lettre.

Les jurisconsultes romains s'étaient divisés sur cette question, et tandis que les Sabiniens prétendaient que l'exception Cincia n'était pas populaire, les Proculiens soutenaient, au contraire, que tout intéressé, même sans être l'ayant cause-du donateur, pouvait invoquer ce moyen de défense.

D'après Ulpien, il semble que la doctrine Proculiénne était la vraie, et que la donation, imparfaite à l'égard du donateur, ne devait être réputée parfaite à l'égard de personne.

Mais les Sabiniens contestaient cette doctrine, avec beaucoup de raison, selon nous.

Que le bénéfice de l'exception ait été accordé aux ayant-cause du donateur, même aux ayant-cause à titre particulier, cela se conçoit!

Tous, en effet, ont reçu le droit du donateur, tel qu'il se comportait, *nec plus, nec minus!*

Mais en vertu de quel principe, en vertu de quel motif de droit ou d'équité accorder l'exception aux tiers, non ayant-cause du donateur, mais intéressés cependant à l'application de la loi Cincia?

Je comprends que Javolenus accorde l'exception au fidéjusseur ayant garanti la promesse constitutive de donation : le fidéjusseur ne peut pas être tenu plus rigoureusement que le débiteur principal!

Mais ce que je n'admets pas, c'est qu'un tiers qui

aurait enlevé au donateur la possession de la chose donnée, et contre lequel les interdits ne pourraient triompher, pût repousser la revendication du donataire par l'exception Cincia, uniquement établie dans l'intérêt du donateur, pour le protéger contre l'irréflexion ou l'entraînement.

La donation contra Cinciam n'est pas nulle, ne l'oublions pas ; elle est seulement laissée par notre plébiscite au pouvoir du disposant. Or si un donateur peut, dans son propre intérêt, revenir sur sa décision première, est-il conforme à sa volonté présumée de mettre une exception créée pour lui seul entre les mains d'un étranger, qui plus est, d'un spoliateur des biens donnés, et de préférer ainsi cet étranger, ce spoliateur, au donataire lui-même, envers lequel le disposant avait manifesté une intention libérale et bienfaisante, d'une façon positive, sinon irrévocable ?

Non, évidemment !

Aussi les Sabiniens n'avaient-ils pas voulu se rallier à cette théorie, et Celse, qui cependant est Proculien, repousse sur ce point la doctrine de son école. (L. 21, p. 1. De donationibus).

D'après cette loi, le débiteur délégué à un tiers par son créancier ne pourra opposer à ce tiers donataire l'exception Cinciæ, et cependant il y a intérêt !

Concluons donc avec les Sabiniens, pour rester dans le véritable esprit de la loi, qu'il fallait restreindre l'exception au donateur lui-même et à ses ayant-cause!

— Nous connaissons le mécanisme et le jeu de notre loi ; il va nous être facile maintenant de déterminer son caractère et le but de ses prohibitions.

La loi Cincia est-elle une loi imparfaite, c'est-à-dire

une loi dépourvue de sanction et manquant dès lors le but qu'elle s'était proposé d'atteindre.

Cujas l'a pensé, et il a restitué dans ce sens le paragraphe 1er des règles d'Ulpien : les quelques mots qui nous restent de ce paragraphe se prêtent complètement, on doit le reconnaître, à cette restitution ingénieuse de l'illustre interprète !

La loi Cincia, disent les partisans de cette opinion, a voulu prohiber les donations, et elle n'a sanctionné cette prohibition que par la demi-mesure d'une imperfection entièrement aux mains du donateur, laissé libre de parfaire son œuvre, soit dans le présent, soit dans l'avenir.

Et devant ce défaut de sanction, les jurisconsultes sont obligés de respecter, au moins à l'égard de certains intéressés, la donation par voie de délégation : ainsi, dans le texte de Celse précité, la donation vaut au moins dans les rapports du débiteur délégué et du tiers donataire !

Malgré ces arguments, la thèse contraire nous paraît la seule admissible, et pour nous, la loi Cincia n'est pas une loi imparfaite, dépourvue de sanction, mais, tout au contraire, une loi établissant une sanction parfaitement corrélative au but qu'elle s'est proposé.

Assurément, ce n'est pas la prohibition absolue des donations, leur nullité à l'égard de tous et toujours, que la loi Cincia a voulu édicter.

La preuve, je la trouve d'abord dans le simple bon sens.

Comment admettre que la loi prenne soin de prohiber absolument les donations considérables, quand, après tout, elles peuvent être motivées entre le dispo-

sant et le gratifié par les motifs les plus légitimes et les plus sérieux, entre autres par la reconnaissance !

Comment admettre que la loi établisse une telle prohibition si contraire au principe de la liberté des conventions, lorsque l'avarice légendaire du peuple Romain devait si bien, par elle-même et par elle seule, empêcher les générosités exagérées !

Comment enfin, sans un texte précis et certain, admettre que notre loi ait enlevé aux citoyens Romains toute leur capacité civile dans une de ses manifestations les plus considérables et les plus précieuses !

Oh alors ! je comprendrais, en présence de pareilles dispositions, que le législateur, inquiet et étonné de son œuvre, n'eût pas osé conclure et demander au peuple une sanction corrélative, sans doute, au but cherché, mais si grave et si radicale dans ses conséquences !

Heureusement pour l'honneur de notre loi, elle n'avait point pour but la prohibition absolue des donations, tous les textes de la matière en font foi !

Prenons, en effet, les paragraphes 310 et 311 des frag. Vaticana.

Quelle différence y voyons-nous entre la sitnation des personnes exceptées et celle des personnes non exceptéés ? tout simplement une difficulté plus grande d'arriver à la perfection du contrat !

D'ailleurs, si nous nous trouvions réellement en présence d'une prohibition absolue, voici les conséquences qui en résulteraient nécessairement :

1° Toutes les fois que la donation aura été, en fait, exécutée, il y aura lieu à la condictio ex injustâ causâ ;

2° La donation ultra modum ne peut être une justa causa usucapiendi ;

3° La règle morte Cincia removetur est incompréhensible, car le laps de temps joint à la volonté persévérante ne peut donner la vie au néant ;

4° L'exception était de toute nécessité une exception populaire, et les Sabiniens, si logiques, n'auraient pu élever, à cet égard, aucune controverse.

Mais toutes les conséquences de la doctrine que nous combattons sont démenties de la façon la plus formelle par les textes que nous avons eu déjà, dans le cours de cette thèse, l'occasion de citer et de discuter; mais toutes ces conséquences dépassent de beaucoup le but raisonnable que le législateur s'est proposé, but certain et incontestable si nous consultons le mécanisme de la loi Cincia et l'état de la société romaine au sixième siècle !

Déjà l'austérité des premiers temps de la république a disparu; déjà il a fallu édicter une loi somptuaire, la loi Oppia, pour réprimer le luxe des femmes, et quelques années à peine après notre plébiscite, sur une demande d'abrogation de cette loi somptuaire, Caton, l'austère Caton, jette un cri d'alarme éloquent, mais impuissant :

« Déjà, dit-il, nous avons pénétré dans la Grèce et dans l'Asie; nous avons les trésors des rois, les statues de Syracuse, les chefs-d'œuvre de Corinthe et d'Athènes : ma frayeur est grande que toutes ces richesses des peuples vaincus ne triomphent elles-mêmes des Romains vainqueurs !»

Eh bien, oui, Rome s'avançait à grands pas dans la corruption et le luxe; les folies de la jeunesse, la dépra-

vation de l'âge mùr, les faiblesses de la caducité devenaient chaque jour plus menaçantes pour la conservation des patrimoines; il fallait protéger la famille contre des libéralités dues à l'entraînement, à l'irréflexion, ou à des sentiments passagers, mais puissants ; il fallait assurer la liberté du donateur en exigeant de lui, pour la perfection définitive du contrat, des manifestations de volonté multiples et réitérées; il fallait par conséquent lui permettre de se repentir, et rendre efficace son changement de résolution.

Et voilà pourquoi la loi Cincia, n'ayant d'autre but direct que de protéger le donateur contre lui-même, met entre ses mains un moyen de procédure, véritable fin de non recevoir, qui, dans l'avenir, lui permettra de repousser victorieusement toute prétention aux biens donnés, si toutefois, dans le présent, il n'a pas consommé irrévocablement l'exécution du contrat par un plein et entier dessaisissement !

Aussi quelques interprètes ont-ils pensé qu'il fallait voir dans la loi Cincia l'origine un peu éloignée mais certaine, de cette règle de notre ancien droit et de notre droit actuel : « Donner et retenir ne vaut !

Ce qu'il faut reconnaître, c'est que les donations, surtout les donations considérables, sont choses graves, extrêmement graves, non seulement pour le donateur et pour sa famille, mais encore pour la société.

Et c'est pourquoi tous les peuples ayant dans leur sein des éléments de richesse et de corruption ont été amenés à règlementer le chapitre des libéralités entre vifs, non pas pour les supprimer, ce qui serait une injuste et dangereuse exagération, car elle empêcherait les meilleurs sentiments de trouver une satisfaction aussi légitime

que naturelle, mais pour les soumettre à certaines formalités, telles que la publicité ou l'authenticité, formalités protectrices des intérêts divers qu'une donation met en jeu !

La loi Cincia, elle, dans les dispositions étudiées sous ce dernier chapitre, nous paraît avoir voulu garantir le donateur contre des donations suspectes, en raison du chiffre de la libéralité et de la qualité des personnes, en lui permettant de revenir sur sa disposition et peut-être protéger la société contre les désordres publics et privés que peut faire naître l'appât des donations considérables, immédiatement définitives, donations que souvent la brigue et la passion ne craignent pas de s'imposer pour arriver à leurs fins.

Le but est digne d'éloges ; mais la philosophie du droit peut se demander à juste titre si ce plébiscite que nous venons d'étudier n'est pas un monument législatif bien incomplet et bien bizarre.

Nous ne reviendrons pas sur les dispositions relatives au barreau ; déjà nous avons exprimé notre sentiment à leur égard ; et quant aux autres dispositions, ce que nous devons constater, c'est que dans la plupart des cas, l'exception de la loi Cincia sera complètement inopposable.

Que la mancipation et la tradition aient été concomitantes, et le plus souvent le donataire ne laissera pas le disposant s'arrêter en chemin, que la donation ait eu lieu par voie d'acceptilation ou de délégation, notre plébiscite manque son but ; car l'exception ne peut venir, et pourtant, en pareil cas, on ne trouve plus la garantie que présentent le laps de temps et la réflexion.

Et quand la loi atteint son but, elle l'atteint, il faut l'avouer, par une route excessivement indirecte.

Aussi trouvons-nous Justinien mieux inspiré, lorsque abandonnant l'œuvre du tribun Cincius, il trouve le remède au mal dans la nécessité de l'insinuation pour les donations dépassant un certain chiffre, et sanctionne la violation de cette formalité par une nullité absolue dans les limites de l'excédant, nullité opposable par tous, même par le donateur, absolument comme le défaut d'authenticité est chez nous une cause de néant pour les libéralités entre-vifs, abstraction faite toutefois du système un peu prétorien de la jurisprudence, validant les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux !

DE LA

Transcription des Donations

INTRODUCTION.

Pour faire un acte de la vie civile avec sécurité, il importe avant tout de connaître la capacité de la personne avec laquelle on va traiter ainsi que l'étendue et la consistance de son patrimoine.

Si vous traitez avec un incapable, avec un mineur, par exemple, la protection qui lui est due par la loi vous soumettra à l'action en nullité ou en rescision du contrat.

Si vous traitez avec une personne capable, mais sur un bien qui n'est déjà plus dans son patrimoine ou qui ne s'y trouve plus intact, sur un bien déjà aliéné ou hypothéqué, il est évident que vous courez les plus grands dangers, et que vous allez vous trouver en conflit avec le créancier hypothécaire ou l'acquéreur premier en date.

Dans ce conflit, ne vous diront-ils pas avec quelque vérité : « Votre acquisition, au lieu d'être réelle, n'est qu'apparente ; votre contrat n'a aucune valeur, car il émane d'une personne qui, lors de la passation, n'était déjà plus propriétaire ; entre les ayant-cause d'un même auteur, le doute n'est pas possible ; ce sont les

premiers en date qui doivent l'emporter en vertu du grand principe que *nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a!* »

Aussi le législateur s'est-il préoccupé, et à juste titre, de porter à la connaissance de tous la capacité de chacun ainsi que les divers changements qui peuvent survenir dans les limites du patrimoine.

Un tiers a-t-il besoin de connaître l'âge ou la condition d'une personne : il consultera les registres de l'état civil qui lui apprendront le jour de la naissance, du mariage ou du décès!

Veut-il connaître le régime sous lequel sont mariés deux époux : les mêmes registres le renverront avec des indications précises aux sources authentiques, où il puisera les renseignements qui lui sont nécessaires!

Veut-il savoir si le patrimoine est grevé de charges hypothécaires et si l'insolvabilité ne se cache pas sous les apparences de la fortune, il ira au bureau des hypothèques de l'arrondissement des biens et là, le conservateur, sous sa responsabilité personnelle, devra lui délivrer un état fidèle et exact des hypothèques inscrites, les seules qu'un créancier puisse opposer valablement aux autres créanciers, les seules qui soient pour lui, en thèse générale, du moins, une cause légitime de préférence!

Sur tous ces points, notre législation, malgré les imperfections, vraies ou fausses, qui lui sont reprochées, présente un système complet, facile à saisir, et contemporain du Code de 1804, à part toutefois l'innovation heureuse établie par la loi du 10 juillet 1850 pour la publicité du contrat de mariage, sur le rapport du savant et illustre professeur Valette!

Mais que décide-t-elle, lorsque le droit de propriété ou l'un de ses démembrements tels que l'usufruit passe d'une tête sur une autre ?

Ici plus qu'ailleurs, il importe d'avertir le public qui sera souvent trompé par les apparences, surtout si l'aliénateur continue à détenir l'immeuble, fait assez fréquent dans les libéralités qui ont lieu entre parents, *inter necessarias conjunctasque personas !*

Car avec le régime des transmissions occultes, s'il est impossible de ne pas respecter la première aliénation, constituant immédiatement et par elle-même un droit opposable à tous, il est non moins impossible de ne pas entendre les trop justes récriminations du second acquéreur, reprochant à la loi d'exposer la confiance publique à passer des contrats inutiles et coûteux, contrats dont l'exécution pourra mettre la partie trompée en danger de perdre et la chose et le prix !

Cependant les législateurs de 1804 ne se décidèrent point à organiser un système général de publicité pour les actes d'aliénation : Le consentement mutuel des parties transférait à lui seul la propriété, non-seulement à leur égard, mais encore vis-à-vis des tiers !

Malgré toutes les spéculations auxquelles la clandestinité pouvait donner lieu de la part de l'aliénateur, il a fallu attendre jusqu'en 1855 le remède si nécessaire et si impatiemment attendu de la transcription, et c'est seulement depuis cette époque que notre loi civile, en face des registres de l'état civil des personnes, nous a présenté un registre non moins complet et non moins fidèle de l'état civil de la propriété foncière !

Le défaut de publicité n'était pourtant pas absolu et universel sous l'empire du Code : les libéralités entre-

vifs, par une heureuse exception, avaient échappé au régime occulte sous lequel avaient lieu les autres aliénations entre-vifs.

Rationnellement, il est difficile de justifier cette différence; cependant il n'est pas impossible de s'expliquer les motifs et les influences qui déterminèrent les rédacteurs du Code.

Comme nous allons le voir tout à l'heure, les souvenirs du droit romain et les prescriptions toujours en vigueur de l'ordonnance de 1731 sur l'insinuation constituaient un ensemble de traditions si universellement admises et approuvées qu'on ne pouvait même avoir la pensée d'abandonner la publicité des libéralités entre-vifs!

D'autre part, un triple intérêt militait en faveur de ce régime :

L'intérêt des tiers, qui, pour la garantie de leurs opérations juridiques, ont besoin d'être avertis des mutations de propriété ;

L'intérêt de la famille, qui doit avoir à sa disposition les moyens de connaître exactement les forces d'une succession dout elle aura toutes les charges à subir, si elle se décide à l'accepter ;

Enfin l'intérêt du donateur lui-même, qui, forcé d'avoir aux yeux de tous le triste courage d'une libéralité honteuse ou inavouable, reculera peut-être devant la crainte légitime de l'opinion publique!

Ces considérations d'utilité, dont nous aurons à déterminer plus tard l'importance relative, et plus encore peut-être les précédents historiques, amenèrent le législateur à organiser immédiatement, au chapitre même des donations, la transcription des libéralités

entre-vifs, sans attendre l'établissement du système général de transmission des biens, et c'est cette transcription des donations, réglementée par les articles 939 à 943 du Code civil, maintenue avec ses dispositions spéciales par la loi du 23 mars 1855, que nous nous proposons d'examiner dans le développement de notre thèse !

NOTIONS HISTORIQUES

Caractère de la transcription des donations sous l'empire du Code.

La publicité des donations remonte au droit impérial romain. Elle fut introduite par le père du grand Constantin, Constance Chlore, qni exigea que les donations fussent *insinuées*, c'est-à-dire insérées dans les actes des magistrats.

Constantin dans la loi 25 C. de donationibus, détermina d'une façon précise les indications que le titre insinué devait contenir, exigeant spécialement le nom des parties avec la qualification de l'objet et du droit cédé : « jus ac rem et nomen donatoris » !

Dans la loi 34 C. h. t., Justinien ordonna l'insinuation des libéralités entre-vifs dépassant trois cents solides.

Puis modifiant sa propre législation, il fixa d'une façon définitive les règles de la publicité des donations dans la loi 36. p. 3, C. h, t.

Dans ce dernier état du droit, toute donation mobilière ou immobilière excédant cinq cents écus d'or doit être insinuée !

Le defaut d'insinuation anéantit la libéralité dans les limites de l'excédant : tout ce qui dépasse le taux fixé

doit, en pareil cas, être réputé non écrit, mais, jusqu'au chiffre légal, la donation conserve toute sa validité et toute sa force ! (l. 35 et 36 C. h. t.)

Il résulte évidemment des constitutions impériales précédemment citées que l'insinuation est dans le droit romain une formalité intrinsèque et essentielle, analogue à l'authenticité prescrite par notre code civil au titre des donations ; aussi la violation de cette formalité entraîne-t-elle dans les limites indiquées une nullité absolue, proposable par le donateur lui-même : « Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas ! » (Cujas ad lege ul ... C. de jure dotium).

C'est donc l'intérêt du donateur qui a préoccupé la législation romaine ; c'est le donateur qu'elle a voulu protéger contre les libéralités honteuses ou inavouables, libéralités si préjudiciables non-seulement à l'intérêt privé des familles, mais encore à l'intérêt général de la société !

La preuve en est d'ailleurs très-palpable dans les exceptions apportées à la nécessité de l'insinuation !

Sont en effet dispensées de cette formalité les donations faite à l'empereur, celles qui ont pour but le rachat des captifs, la réparation des ruines d'un incendie, toutes celles enfin qui ont des causes pieuses ou extrêmement favorables.

Le motif de la libéralité, voilà ce qui a fixé l'attention du législateur, et c'est pour écarter la donation craignant le grand jour qu'il a exigé dans l'intérêt même du donateur et dans un intérêt d'ordre publique la publicité des actes entre-vifs à titre gratuit !

Après l'invasion des barbares, l'insinuation continue d'être observée dans beaucoup de contrées de l'occident;

mais avec le régime féodal, elle perdit son importance partout où la tradition réelle était exigée pour la translation de la propriété.

Plus tard, lorsque les fameuses clauses de saisine-dessaisine eurent substitué la tradition feinte à la tradition réelle, lorsque le fait extérieur du nantissement cessa d'apprendre au public que les biens avaient changé de maître, l'utilité de l'insinuation apparut de nouveau.

Aussi François 1er exigea-t-il par l'ordonnance de Villers-Cotterets, en 1539, que les donations fussent insinuées, prescription nécessaire que vinrent réitérer et fortifier plusieurs autres ordonnances, entre autres, celle de Moulins, du mois de février 1566 !

Toutefois les pays de nantissement, où la tradition solennelle était toujours observée, furent affranchis de l'insinuation, formalité absolument inutile après le fait matériel et public de la mise en possession.

L'interprétation des ordonnances successives qui avaient réglementé la publicité des donations ayant donné lieu à de nombreuses controverses, l'ordonnance de 1731, par des décisions précises et définitives, vint trancher toutes ces difficultés.

D'après ces décisions, toutes libéralités entre-vifs, même rémunératoires ou mutuelles, ou à la charge de services ou de fondations, étaient soumises à la formalité de l'insinuation.

En étaient seules exceptées :

1° Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe;

2° Les donations de choses mobilières, lorsqu'il y avait eu tradition réelle ou qu'elles n'excédaient pas la somme de mille livres une fois payée !

Ricard (Part I, nº 1084) nous donne deux des motifs qui ont imposé l'insinuation à notre ancien droit :

C'est d'abord la facilité de frauder les créanciers au moyen de ce que les possessions demeuraient incertaines;

C'est ensuite les donations immenses auxquelles le secret donnait lieu.

Ajoutons un troisième motif rapporté par Pothier :

« Cette formalité, dit-il, a été aussi ordonnée en faveur des héritiers, de peur que l'ignorance de la donation ne pût les porter à accepter mal à propos la succession · » (Introduction au titre XV de la coutume d'Orléans).

Ces trois motifs sont loin d'avoir, aux yeux de nos anciens jurisconsultes, la même importance : ainsi Pothier ne nous parle dans l'introduction au titre XV de la coutume d'Orléans que de l'intérêt des tiers et de l'intérêt des héritiers.

Ricard, il est vrai, en parlant des donations immenses, semble viser l'intérêt des donateurs; mais si l'on consulte l'art. 27 de l'ordonnance, qui défend au disposant d'opposer le défaut d'insinuation, on est obligé de donner aux paroles de Ricard une autre interprétation.

Selon nous, Ricard se préoccupe de l'intérêt public, qui repousse les donations immenses, lorsqu'elles sont dépourvues de motif légitime ou du moins avouable. Mais cet intérêt trouve complètement satisfaction dans une publicité dont le défaut sera opposable par les tiers intéressés sans l'être par le donateur lui-même; car on peut être sûr que le plus souvent le donataire aura soin de faire insinuer pour se préserver non plus d'un

repentir et d'une révocation directe, comme sous le droit romain, mais d'une révocation indirecte au moyen d'aliénations postérieures faites à des tiers qui, eux, auraient en main l'exception tirée du défaut d'insinuation; dès lors le donateur aura suffisamment à craindre la publicité pour reculer devant une donation qu'il voudrait maintenir dans l'ombre !

L'insinuation était prescrite par l'art. 20 de l'ordonnance *à peine de nullité*, nullité déterminée par l'art. 27 dont voici les termes :

« Le défaut d'insinuation des donations qui y sont sujettes à peine de nullité pourra être opposé tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur que par ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et *généralement par tous ceux qui y ont intérêt, autres néanmoins que le donateur...* »

Il résulte donc des motifs donnés par les interprètes tout aussi bien que du texte de l'ordonnance qu'à la différence du droit romain, la nullité n'est pas opposable par le donateur lui-même, que son intérêt n'a pas été pris en considération, au moins d'une façon directe et spéciale, et enfin que l'insinuation de notre ancien droit ne constitue pas à proprement parler une formalité essentielle et constitutive de la donation valable inter partes indépendamment de toute publicité !

Ce dernier point, bien qu'assez délicat, nous paraît d'autant plus probable que l'insinuation pouvait être faite même après la mort du donateur et du donataire, à condition toutefois qu'elle eût lieu dans les délais:

Quatre mois à compter de la date de la donation, pour les personnes et les biens qui sont dans le royaume,

Six mois pour ceux qui sont hors du royaume.

Faite dans ces délais, l'insinuation avait un effet rétroactif au jour même de la donation ;

Faite après lesdits délais, elle n'était valable que si le donateur était encore vivant, et ne produisait d'effet que du jour de sa date !

Notons ici que l'insinuation se faisait au greffe des tribunaux.

Le droit intermédiaire n'abrogea pas l'ordonnance de 1731 ; tout au contraire il la maintint par plusieurs lois rendues les 6 et 7-11 septembre 1790, les 5-19 décembre de la même année, et enfin le 22 frimaire an VII. Mais la loi du 11 brumaire de l'an VII ayant soumis sans distinction tous les actes translatifs de biens ou droits susceptibles d'hypothèque à la nécessité de la transcription, les libéralités entre-vifs se trouvèrent dès lors soumises à un double mode de publicité, l'insinuation, d'une part, en vertu de l'ordonnance de 1731, et, d'autre part, la transcription, en vertu de la loi nouvelle !

Identiques ou à peu près dans leurs résultats, ces deux formalités avaient cependant entre elles des différences qu'il importe de signaler et qui peuvent se ramener à quatre :

1° L'insinuation s'appliquait à toute espèce de biens, meubles ou immeubles ;

La transcription ne s'appliquait qu'aux immeubles, et encore pas à tous les immeubles, mais seulement aux biens et droits susceptibles d'hypothèque.

2° L'insinuation faite dans certains délais, avait, comme nous l'avons vu, un effet rétroactif ;

La transcription n'était soumise à aucun délai, mais elle ne produisait d'effet qu'à sa date, le législateur ayant pensé que la rétroactivité n'était point néces-

saire, alors que généralement l'intérêt sera le meilleur stimulant pour la vigilance du donataire.

3° L'insinuation se faisait au greffe des Tribunaux, la transcription au bureau des hypothèques de l'arrondissement des biens.

4° Le défaut d'insinuation pouvait être opposé par les héritiers du donateur, et par les tiers intéressés, quels qu'ils fussent ;

Le défaut de transcription ne pouvait être opposé qu'aux tiers ayant contracté avec l'aliénateur et s'étant conformés aux dispositions prescrites par la loi de Brumaire (art. 26) !

Ainsi, la transcription du Droit intermédiaire laissait de côté, tout à la fois l'intérêt du donateur et celui de ses héritiers, pour ne se préoccuper que de l'inférêt des tiers contractants !

Les rédacteurs du Code civil se trouvèrent en présence de deux législations parallèles sur la publicité des donations : frappés de ce double emploi, ou du moins de cette sorte de surabondance, certes, ils n'eurent pas même un instant l'idée que les donations pouvaient être tenues secrètes, mais ils pensèrent qu'un seul et unique système de publicité pourrait donner satisfaction complète aux intérêts qu'ils avaient à protéger.

L'embarras était de choisir !

La commission du gouvernement, dans son projet de l'an VIII, proposa le maintien de l'insinuation. (Art. 55, voy, Fenet, t. II p. 285).

Plus tard la section de législation du conseil d'Etat proposa de remplacer l'insinuation par la transcription, et évidemment la rédaction des articles 939 et suivants témoigne, au moins dans une certaine mesure, de cette intention.

M. Tronchet se montra très-opposé à la suppression de l'ordonnance de 1731 : avec le régime de la transcription, disait-il, les héritiers se trouveraient forcés d'opter, les yeux fermés, entre l'acceptation ou la renonciation; les tiers arriveraient difficilement au bout de leurs recherches dans les registres volumineux des hypothèques; les donations mobilières avec réserve d'usufruit resteraient absolument inconnues; en un mot, les effets de la transcription seraient beaucoup moins larges et moins étendus que les effets de l'insinuation ! (Locré, législ. civ. t. XI p. 211 et 212).

Mais de nombreuses réponses furent faites à M. Tronchet : « En prescrivant l'insinuation, dit M. Jollivet, l'ordonnance de 1731 ne s'est proposé que de rendre les donations publiques. Mais fa loi du 11 brumaire an VII a, *dans les mêmes vues*, ordonné la la transcription, et les donations y sont sujettes. Aussi dans beaucoup de départements on a été frappé *de l'inutilité de l'insinuation*, depuis que la transcription est devenue indispensable. » (Fenet, t. XII p. 360).

L'orateur du gouvernement, M. Bigot-Préameneu, exprime la même pensée dans l'exposé des motifs :

« Toute cette législation relative à la publicité des actes de donations entre-vifs est devenue inutile depuis que, par la loi qui s'exécute maintenant dans toute la France, non-seulement ces actes, mais encore toutes les autres aliénations d'immeubles, doivent être rendus publics par la transcription sur des registres ouverts à qui veut les consulter. *L'objet de toutes les lois sur les insinuations sera donc entièrement rempli*, en ordonnant que lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la

donation devra être faite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens seront situés ! » (Locré t· V. p. 327).

Et M. Bigot-Préameneu explique ensuite que si on ne soumet pas à la transcription les donations mobilières, c'est que les meubles n'ont pas de suite, c'est qu'à leur égard la possession de bonne foi est le meilleur et le plus efficace de tous les titres !

En somme, que résulte-t-il des travaux préparatoires?

Deux points :

1· L'insinuation n'a pas éte maintenue, du moins quant au nom.

2· La transcription, obligatoire pour toute la France, remplace adéquatement l'insinuation;

Et c'est à cause de cette identité dans les effets, disent les adversaires de l'insinuation, que cette formalité particulière et inutile doit disparaître !

Mais voilà que les rédacteurs du code civil, dans les articles 939 à 943, ont réglementé d'une façon spéciale bien qu'un peu laconique la transcription des donations, et que la loi de brumaire relative au mode de translation de la propriété n'a pas été reproduite, mais tout au contraire abrogée par nos législateurs de 1804.

Et alors se pose pour nous le problème de savoir au juste le caractère de la transcription des donations sous l'empire du code, problème aussi difficile qu'important à résoudre,

Très-difficile en présence de l'incertitude dans laquelle nous laissent les travaux préparatoires et la supression de la loi de brumaire,

Très-important en présence du laconisme de nos

articles et des doutes nombreux qu'il soulève, doutes qui ne peuvent disparaître qu'avec la détermination exacte de la nature de notre transcription !

Cette transcription doit-elle s'interpréter par les règles de l'insinuation et l'ordonnance de 1731 ;

Doit-elle suivre le sort de la loi de brumaire,

Ou bien constitue-t-elle un mode de publicité sui generis, avec une réglementation lui appartenant en propre;

Telle sont les trois questions qui se présentent, et qui diversement résolues, ont donné lieu aux trois systèmes que nous allons maintenant examiner.

D'après une première doctrine, la transcription des donations n'est, sous un autre nom. autre chose que l'insinuation de l'ancien droit.

La preuve en est dans les discussions au conseil d'Etat, dans les paroles des orateurs précédemment cités, paroles desquelles il résulte que si l'insinuation a été supprimée, c'est parce que la transcription devait la rendre inutile.

De là résulte que la transcription dont nous nous occupons doit produire, sauf restriction formelle, tous les effets de l'insinuation, notamment servir aux héritiers du donateur pour repousser les libéralités entre-vifs non transcrites !

Il est à remarquer d'ailleurs que dans l'exposé des motifs, M. Bigot Préameneu, adversaire déclaré de l'insinuation, prit soin cependant de faire ressortir l'utilité de la transcription pour les héritiers des donateurs.

(Malleville et Delaporte, art. 939; Demante, t. IV, n° 82, bis I; Mourlon, de la transcription t. II, n^{os} 424 et suivants).

D'après une seconde théorie à laquelle Toullier (V·

235 à 240) et Vazeille (art. 941, n° 1) ont attaché leur nom, il ne peut y avoir aucun doute sur la suppression de l'insinuation, remplacée d'une façon formelle par la transcription, c. a. d, par le mode général de publicité établi par la loi du 11 brumaire de l'an VII pour les actes translatifs de biens susceptibles d'hypothèque.

Quel était le but évident du législateur, en abrogeant l'ordonnance de 1731, sinon de soumettre à un régime unique latranslation de propriété, que cette translation eût lieu pour une cause ou pour une autre, à titre gratuit ou à titre onéreux!

Dès lors il est évident que la transcription des donations édictée par nos articles 939 à 943 n'est qu'un cas spécial d'application de la loi de brumaire, et que cette transcription doit suivre les destinées ultérieures du principe général d'où elle émane, vivre de sa vie, mourir de sa mort, et reparaître à sa réapparition!

Par conséquent:

1° Jusqu'à la promulgation du titre des hypothèques, la transcription imposée aux donations immobilières a été celle de la loi de brumaire.

2° La loi de brumaire ayant été abrogée par le code, c'est alors la transcription du code qu'il faut suivre; en sorte que la transcription ne serait nécessaire dans les donations que comme elle l'est dans les autres contrats, c. a d. pour parvenir à la purge des hypothèques, et sans que son défaut empêchât la propriété de passer au donataire absolument et vis à vis de tous.

3e Enfin, depuis la promulgation de la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli le principe de la loi de brumaire, la transcription des donations, redevenue nécessaire à la transmission de propriété erga omnes, doit être régie et expliquée par les principes de la loi nouvelle!

Ces deux premières théories nous paraissent contraires à la vérité !

Et d'abord, comment admettre que les législateurs, ayant à choisir entre l'insinuation et la transcription aient emprunté le nom de l'une de ces formalités pour y joindre les principes de l'autre?

Il y a plus : ce n'est évidemment pas de l'insinuation qu'il s'agit dans nos articles, car le mode de publicité qu'ils établissent ne s'applique point aux meubles; il n'a pas lieu au greffe des tribunaux, il ne lui est pas imparti de délai avec effet rétroactif.

On objecte les discussions au conseil d'Etat, desquelles il résulte que la transcription devait rendre inutile l'insinuation en la remplaçant adéquatement.

Mais, comme le dit très bien Marcadé, si l'on consulte attentivement les discours prononcés on voit qu'il ne s'agit point dans la pensée des orateurs d'une transcription nouvelle, calquée sur l'insinuation, et absolument identique, sauf la différence de nom, mais de l'ancienne transcription, organisée par la loi de brumaire « et ayant lieu sur tous les points de la République. »

On invoque encore l'autorité de M. Bigot-Préameneu, se préoccupant spécialement dans l'établissement du régime nouveau de l'intérêt des héritiers; mais l'intérêt des héritiers, nous le savons, n'est pas la seule différence qui séparât l'insinuation de la transcription.

Si le régime nouveau imposé aux libéralités entre-vifs n'est pas l'ancienne insinuation il n'est pas davantage la transcription de la loi de brumaire, et c'est en vain que le second système cherche à ne voir dans nos art. 939 et suivants qu'un simple renvoi à cette législation du droit intermédiaire.

Si le but du législateur avait été tout simplement de rattacher ainsi les donations à un système général et unique de publicité, pourquoi, au titre des obligations, dont l'effet est de transférer par elles-mêmes la propriété sous l'empire du Code, pourquoi au titre de la vente et de l'échange, pourquoi dans les articles 1138 et 1583, par exemple, le législateur n'a-t-il pas dit un mot de la transcription; pourquoi n'a-t-il pas rattaché comme les donations ces divers modes de transférer la propriété à un système général de publicité qui aurait vu le jour au titre des privilèges et hypothèques ?

Cette différence n'a et ne peut avoir qu'une explication : relativement à toutes ces conventions translatives de droits réels à titre onéreux, le législateur a voulu réserver la question en gardant le silence le plus absolu : « il s'est tu dans ces différentes matières pour les régler toutes en une fois par la règle générale et unique qu'il se proposait de porter plus tard (art. 2181 et suivants) pour tous les actes translatifs de propriété. »

Tout au contraire, relativement aux donations, non-seulement il les soumet d'une façon générale à la nécessité de la transcription, mais encore il règle expressément les formes et les effets de cette transcription, et il écrit à cet égard quatre articles, trop laconiques peut-être, mais enfin suffisant à établir les bases d'un système spécial, que nous ne pouvons rayer du titre des donations, alors que le titre des privilèges et hypothèques, qui pose des principes généraux absolument contraires sur le transfert des droits réels, ne contient pas un mot duquel on puisse induire

la moindre pensée d'abrogation de ce système spécial imposé par le législateur aux libéralités entre-vifs !

D'ailleurs, il ne faut pas oublier les précédents historiques : depuis trois cents ans, les donations étaient soumises à la publicité, ce qui n'avait lieu pour les autres contrats que depuis le droit intermédiaire; les traditions imposaient donc d'une façon spéciale cette publicité et le sort de notre transcription ne pouvait être lié à celui de la loi de brumaire.

La loi du 23 mars 1855 est d'ailleurs venue trancher toute difficulté à cet égard:

Car tout en rétablissant le système de la loi de brumaire, elle déclare dans son article 11 qu'elle ne déroge en rien aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation.

C'est donc que ces dispositions avaient leur existence propre et leurs règles particulières !

Ainsi l'avaient reconnu, même avant la loi de 1855 la jurisprudence et les auteurs les plus remarquables, notamment Duranton, t. VIII, n° 502; Grenier, t. II, n° 167; Marcadé, art. 939, n° 3; Troplong, des donat. et test. t. III, n° 1154.

Nous nous rallions donc complètement au troisième système, et nous emprunterons sa formule exacte à l'ouvrage qui sera pour nous le guide le plus précieux et le plus sûr dans l'étude très délicate que nous avons entreprise.

« Ce qui nous paraît vrai, dit M. Demolombe au livre III de son traité des Donations entre-vifs, c'est que la transcription des donations dans notre Code, bien qu'empruntée à la loi du 11 brumaire an VII, n'en a pas moins constitué, dès l'origine, et n'a pas cessé de cons-

tituer toujours une formalité qui n'est ni l'insinuation de l'ordonnance de 1731, ni la transcription de la loi de l'an VII, mais une formalité sui generis, dont le Code a déterminé les effets d'une manière spéciale, notamment dans notre article 941. »

Malheureusement la réglementation de ce mode spécial de publicité est empreinte, dans le Code, d'un léger laconisme ; et bien que nous soyons loin de trouver ses dispositions aussi incomplètes qu'elles l'ont paru à beaucoup de jurisconsultes, nous reconnaissons cependant que des doutes nombreux peuvent s'élever ; mais, selon nous, puisque on est ici en présence d'un mode spécial de publicité, pourvu d'une organisation particulière, le moyen le plus rapide et le plus sûr de les faire évanouir est de s'attacher avec force dans le commentaire que nous allons aborder maintenant, aux termes mêmes de nos articles, du moins lorsqu'ils sont explicites !

Cette méthode en nous rapprochant par ses résultats des conséquences du premier système, nous mettra quelquefois en désaccord avec les partisans du point de départ que nous venons d'adopter en précisant le caractère de notre transcription. Cependant elle ne supprimera pas toute différence avec l'ancienne insinuation, loin de là, et nous croyons, du moins, grâce à elle, rester toujours logiques avec notre point de départ !

Quelles donations sont soumises à la transcription.

Nous venons de déterminer la nature de la transcription établie pour les donations par le Code civil ; nous avons maintenant à étudier en détail chacune des questions que soulève l'interprétation des textes relatifs à ce mode de publicité.

Le premier point qui se présente est de savoir quels caractères doit avoir la libéralité entre-vifs et sur quels biens elle doit porter pour être sujette à transcription.

Le texte de l'article 939 est, à cet égard, formel et précis : « Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques..., » nous dit-il.

Il faut donc :

1° Qu'il s'agisse d'une donation;

2° Que cette donation porte sur des biens susceptibles d'hypothèque.

La réunion de ces deux conditions est tout à la fois suffisante et nécessaire ; si l'une des deux manque, l'acte passé régulièrement entre les parties est valable sans la formalité de la transcription même à l'égard des tiers créanciers ou acquéreurs !

Assurément, il faut qu'il s'agisse d'une libéralité entre-vifs, d'une donation !

Mais nous n'avons pas à distinguer entre les diverses

sortes de donations : Quelles soient pures et simples, à terme ou conditionnelles, ordinaires ou rémunératoires, pour causes pies et œuvres de charité, *à charge de services ou de fondations*, comme disait l'ordonnance de 1731 (art. 20), il n'importe aucunement, car l'art 939 ne fait entre elles aucune différence !

L'article 19 de l'ordonnance de 1731 exemptait de l'insinuation les libéralités par contrat de mariage, en ligne directe; car de pareilles libéralités sont en général plutôt des offices de piété ou l'acquittement d'une obligation naturelle que des donations proprement dites, et le contrat de mariage a, d'ailleurs, comme le mariage lui-même, dont il est l'accessoire, une publicité qui lui est propre et qui peut le dispenser de la transcription.

Ces raisons, aujourd'hui comme autrefois, ne sont pas sans valeur, et la dernière surtout pourrait être invoquée avec une grande force depuis la loi du 10 Juillet 1850.

Mais aucune hésitation n'est possible, en présence des termes explicites de l'article 939; l'exception contenue dans l'article 19 de l'ordonnance, n'a pas été reproduite par le Code, et il faut décider aujourd'hui que les donations faites dans un contrat de mariage par les ascendants sont soumis à la formalité de la transcription.

Très-bien, lorsqu'il s'agit d'une donation de biens présents; mais la règle est-elle absolue et doit-on l'appliquer :

1° Aux gains de survie;

2° Aux institutions contractuelles, c'est-à-dire aux donations de biens présents et à venir.

3° Aux donations entre époux pendant le mariage ?

— L'article 21 de l'ordonnance dispensait de la transcription les gains de noces et de survie « mais seulement dans les pays où ils sont en usage ! »

Cette restriction qui s'inspirait de la jurisprudence antérieure des Parlemeuts nous donne la véritable pensée du législateur de 1731 :

Toutes les fois qu'on était en présence, dans un contrat de mariage, d'une disposition ayant le caractère d'une simple convention matrimoniale ou d'un pacte de société plutôt que d'une libéralité pure et simple, toutes les fois que l'anéantissement d'une pareille disposition pour défaut de publicité aurait détruit l'harmonie et l'équilibre du contrat, l'insinuation cessait d'être nécessaire pour la transmission de propriété à l'égard des tiers !

Le Code civil est muet relativement aux gains de survie, mais la décision de l'interprète ne saurait être douteuse.

De deux choses l'une en effet :

Ou bien, il s'agit d'une véritable donation, et alors notre article 939 est applicable.

Ou bien la disposition contenue au contrat doit être considérée comme une simple convention matrimoniale, et alors, il n'y a pas lieu à la nécessité de la transcription, par exemple, dans les hypothèses prévues par les articles 1516 et 1525, lorsque le régime de communauté est modifié par un préciput conventionnel ou par l'inégalité dans le partage !

— La solution est plus difficile relativement aux institutions contractuelles.

D'éminents auteurs, notamment M. Troplong, pen-

sent qu'elles ne doivent pas tomber sous le coup de notre article 939.

Elles sont irrévocables, c'est vrai ; mais enfin l'instituant conserve le droit d'aliéner à titre onéreux les biens compris dans la disposition et cette disposition, de même que le testament, ne s'applique en réalité qu'aux biens se trouvant dans la succession au moment du décès (art. 1082 et 1083).

Dans l'ancien Droit, Lebrun et Furgole étaient de cet avis et leur opinion, dit la théorie que nous avons l'honneur d'exposer, aujourd'hui encore doit être suivie, sans tenir compte de l'avis contraire, émis par Ricard, « cet auteur que l'on trouve si souvent en défaut », à en croire M. Troplong.

Cependant, nous partageons sous l'empire du Code, l'opinion soutenue par Ricard sous l'empire de l'ordonnance, et, en présence des textes et des principes, nous la partageons avec la plus entière conviction.

En effet :

1° Aux termes de l'article 893, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que de deux façons, par donation entre-vifs ou par testament.

L'institution contractuelle est une donation ou un testament, mais non pas l'un et l'autre tout à la fois ; il n'y a pas, à notre connaissance du moins, entre ces deux classes de dispositions, une autre classe de libéralités d'une nature mixte et intermédiaire, telles que les donations à cause de mort en Droit romain.

Il faut donc choisir :

Or, l'article 1082 qui traite des institutions contractuelles est au titre même des donations et c'est sous

le nom de donations qu'il désigne les libéralités de biens présents et à venir par contrat de mariage.

Vous dites que l'institution contractuelle se rapproche du testament.

Par quelques-uns de ses effets, soit!

Comme le testament, l'institution contractuelle n'obtient toute son efficacité qu'à l'ouverture de la succession ; mais à la différence du testament, elle produit de la façon la plus irrévocable certains effets pendant la vie même du disposant, elle a pour résultat de lui lier les mains dans une certaine mesure, et, ce qu'il est important de noter, elle ne peut prendre naissance que dans un contrat solennel et authentique.

L'institution contractuelle n'est donc pas un testament, mais une véritable donation que le texte général de l'article 939 ne permet pas d'enlever à la nécessité de la transcription.

Et pourquoi, d'ailleurs, serait-elle dispensée de cette formalité ?

Aux termes de l'article 1083, l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des biens compris dans la libéralité.

Les tiers acquéreurs à titre onéreux, ainsi que les créanciers, sont à l'abri, quoi qu'il arrive ; ils peuvent, en toute sécurité, contracter avec l'instituant, mais, on le voit, il n'en est pas ainsi des donataires ou légataires postérieurs.

Or leur intérêt, moins favorable il est vrai que celui des créanciers ou acquéreurs à titre onéreux, mérite cependant d'être pris en considération ; foi et sécurité sont dues même aux contrats à titre gratuit, et nous verrons plus tard que le défaut de transcription peut

être opposé même par les donataires et légataires.

Le législateur devait se préoccuper et s'est préoccupé en notre matière des ayants-cause à titre gratuit, et dès lors soumettre à la transcription les institutions contractuelles, qui enlèvent au disposant le droit de se dépouiller ultérieurement en faveur d'autres donataires ou légataires.

— Par la même raison et pour une raison plus puissante encore et plus générale, puisque les donations entre époux saisissent absolument le donataire et enlèvent la propriété au donateur, nous devons décider que ces donations, bien qu'essentiellement révocables aux termes de l'article 1096, doivent cependant être transcrites pour être opposables aux tiers.

Que si la donation est révoquée, cette révocation devra être transcrite, ou du moins mention de la révocation devra être faite en marge de la transcription de la donation !

— Pourrait-il y avoir un doute relativement aux partages d'ascendants faits dans la forme des donations entre-vifs ?

L'article 1076 résoud à lui seul toute difficulté.

Aux termes de cet article, un partage entre-vifs ne peut avoir pour objet que des biens présents et il doit être fait avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs.

L'article 939 exprime l'une de ces formalités; les partages d'ascendants accomplis par voie de donation sont donc soumis à son empire !

(Merlin, Répert., Partage d'ascendants, n° 13; Duranton, t, IX, n°s 624, 625; Troplong, t. IV, n° 2038; Demolombe, Donations entre-vifs et testaments : t. III, n° 258; t. VI, n° 277;

— Quant aux libéralités déguisées sons la forme d'un contrat onéreux, nous pensons qu'aux yeux du législateurs de 1804 ces libéralités n'ont aucune existence juridique; mais puisqu'une jurisprudence aujourd'hui définitive les considère comme valables, la question se pose de savoir si elles doivent êtres transcrites en vertu de l'art. 939 du Code Napoléon.

La négative nous paraît évidente : car le texte de cet article surtout en le rapprochant du texte de l'article 931 montre à première lecture que la transcription dont il s'occupe n'a trait qu'aux actes authentiques portant régulièrement donation dans les formes prescrites par la loi.

D'ailleurs la jurisprudence en permettant aux donations déguisées d'emprunter le nom et la forme d'un contrat à titre onéreux, leur permet par cela même de produire l'effet translatif de propriété de la même façon et sous les mêmes conditions que ces contrats, c. a. d. sans la publicité qui résulte de la transcription.

La même décision s'applique évidemment par identité de motifs aux donations indirectes, telles que les renonciations in favorem !

B. Il faut donc que le contrat soit véritablement une donation; mais nous l'avons dit précédemment, cela ne suffit pas. Il faut, dit l'article 939 que ce soit « *une donation de biens susceptibles d'hypothèques !* »

Telle était aussi la condition écrite dans l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII, aux termes duquel la transcription n'était requise que pour « les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques ! »

Il est à remarquer que la loi de brumaire, absolument

comme le code civil, énumère limitativement les biens susceptibles d'hypothèques !

La pensée du législateur n'est donc pas douteuse :

Toute donation de biens mobiliers est exempte de la transcription; la donation de biens immobiliers seule y est soumise, et encore faut-il que ces biens soient susceptibles d'hypothèque !

Si toute donation de biens immoblliers, quels qu'ils fussent, était sujette à transcription, non-seulement les termes dont le législateur s'est servi constitueraient une périphrase inutile et par conséquent vicieuse, mais ils seraient encore d'une inexactitude manifeste en présence de l'énumération essentiellement limitative de l'article 2118.

Or aux termes de cet article, sont seuls susceptibles d'hypothèque :

1· Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles.

2· L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Mais, en vertu de lois spéciales peuvent encore être hypothéqués,

Les actions de la Banque de France immobilisées;

Les actions des canaux d'Orléans et du Loing;

Et le droit de superficie;

Et, en vertu d'une jurisprudence constante, le droit d'emphytéose.

Par conséquent, doivent seules être transcrites les donations ayant pour objet ces sortes de biens !

— Cependant quelques doutes se sont élevés relativement aux donations de servitudes ou services fonciers et aux donations de droits d'usage sur les immeubles ou d'habitation.

Aux termes de l'art. 526, ces biens sont des biens immeubles. Or, il importe aux tiers d'en connaître l'aliénation. La valeur d'un immeuble n'est plus la même évidemment, elle diminue de beaucoup, du jour où cet immeuble se trouve grevé de certaines servitudes ou d'un droit d'usage.

La transcription des donations dont ces droits sont l'objet est donc nécessaire pour éviter au public les surprises ruineuses qu'entraine la clandestinité des transmissions de biens; toutes les raisons qui ont amené le législateur à rendre publiques les donations de biens susceptibles d'hypothèques militent pour la publicité des libéralités relatives soit aux servitudes foncières, soit aux droits d'usage ou d'habitation !

Et, disent des auteurs considérables, non-seulement les motifs, mais encore le texte de la loi lui-même s'applique à ces sortes de donations, que l'on considère la servitude par rapport au donataire ou par rapport au donateur.

La servitude, c'est une qualité active ou passive, qualité active du fonds dominant, qualité passive du fonds servant.

Or du côté du donataire, elle sera frappée d'hypothèque conjointement avec le fonds dominant dont elle fait partie.

Et du côté du donateur, comme elle est issue de son immeuble, susceptible d'hypothèque, il est vrai de dire que la donation d'une servitude sur cet immeuble est une donation portant sur un bien susceptible d'hypothèque.

La donation d'une servitude, d'un droit d'usage ou

d'habitation doit donc, d'aprés ces auteurs, être transcrite.

(Demante t. IV, n° 80] bis II, Coin-Delisle, art. 939, n° 11, Mourlon. de la transcription t. I n° 112 et 113).

Assurément nous convenons qu'au point de vue rationnel le législateur n'avait aucun motif de distinguer ici entre les différents biens et droits immobiliers, mais ce n'est pas à l'interprète de faire la loi, et lorsqu'il se trouve en présence d'un manque de logique indéniable, il ne peut que le constater en le déplorant et appeler vers la réforme désirable l'attention du législateur,

D'ailleurs si la théorie que nous combattons peut invoquer les motifs de la loi, il lui est impossible de mettre sérieusement de son côté le texte de l'article 939.

Quand on donne une servitude, un droit d'usage ou d'habitation, donne-t-on, oui ou non, un bien susceptible d'hypothèque ?

Non évidemment aux termes de l'article 2118 ;

Dès lors, nous sommes en dehors de l'article 939 et nous échappons à la nésessité de la transcription !

Oh certes, considérée en tant que qualité active du fonds, la servitude sera frappée de l'hypothèque qui frappera le fonds dominant ; mais considérée en elle-même, per se, en tant qu'abstraction juridique et droit incorporel, elle ne peut être hypothéquée.

Du reste, ce n'est pas à l'égard du donataire, mais à l'égard du donateur qu'il faut la considérer ; c'est entre ses mains qu'il faut la voir !

Or, avant la constitution de servitude, il y a un immeuble, il y a le fonds dans son intégralité, car res nemini sua servit, Il est impossible de dire que la servitutude est hypothécable entre les mains du futur donateur

par l'excellente raison qu'il n'y a pas encore de servitude ;

Et après la constitution, l'hypothèque qui frappera le fonds servant ne s'étendra pas à la servitude, qualité passive, qui ne peut évidemment servir de garantie !

Aussi faut-il reconnaître de la façon la plus positive que le législateur de 1804 n'a fait que copier avec une modification sans importance, comme on a pu le voir précédemment, l'article 26 de la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui, de l'aveu de tous, dispense de la transcription les donations de servitudes !

(Duranton, t. VIII, n° 504. Marcadé, art. 939, n° 4, Troplong t. III, n° 1163, Aubry et Rau t. VI p. 81, Demolombe. Des donations et testaments, t. III, n° 249).

— La discussion précédente n'a pas perdu de son importance depuis la loi du 23 mars 1855, car, même en admettant, ce qui est contesté, que cette loi ait soumis à la transcription les donations qui en étaient dispensées par le Code civil, il serait toujours important de déterminer laquelle de ces deux législations doit être invoquée ; car les effets de la transcription organisée par le Code civil dans les articles 939 et suivants sont loin d'être les mêmes que les effets de la transcription de la loi du 23 mars 1855, notamment en ce qui concerne les personnes pouvant opposer le défaut de cette formalité.

— De plus, la question que nous venons de résoudre relativement aux droits d'usage revient exactement dans les mêmes termes relativement aux actions en nullité, en rescision ou en résolution d'actes translatifs de biens immeubles, et selon nous, comporte la même solution, malgré l'opinion contraire de plusieurs jurisconsultes, d'accord avec nous dans la discussion précédente.

L'action qui tend à revendiquer un immeuble représente l'immeuble lui-même, disent ces auteurs : « Qui actionem ad rem recuperandam rem ipsam habere videtur ! »

Donc, il faut transcrire absolument comme si l'immeuble lui-même avait été donné !

C'est vrai, lorsqu'il s'agit d'une action réelle, ayant pour objet direct et immédiat un bien susceptible d'hypothéque : ainsi, lorsque je vous cède mon droit de revendication contre le tiers détenteur de mon immeuble, c'est sous une autre forme ou plustôt sous une autre dénomination, vous céder mon immeuble et alors la transcription est évidemment nécessaire.

Toute autre chose est la cession d'une action en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de biens immeubles !

Sans doute, en pareil cas, le concessionnaire arrivera à la revendication de l'immeuble, objet du contrat, mais seulement par voie de conséquence, après l'exercice de l'action en nullité, dont le but direct est la résolution du contrat.

Aussi M. Demolombe donne-t-il à ces actions le nom d'actions personnelles immobilières, parce qu'elles sont fondées sur le vice du contrat ou sur la faute du contractant, et que, dès lors, leur but direct et immédiat ne peut être que l'anéantissement de la convention.

Or, quand je vous cède une action réelle, tant que la transcription n'a pas eu lieu, je reste titulaire du droit vis-à-vis des tiers, car l'action réelle, c'est, en définitive le droit réel, l'immeuble lui-même, et nous pouvons dire

que la libéralité est la donation d'un bien susceptible d'hypothèque ;

Mais l'action personnelle, l'action en nullité ou en rescision d'un contrat, chose évidemment insusceptible d'hypothèque aux termes de l'article 2118, quand je vous l'ai cédée avec ses avantages, cum suà causà, bien entendu, que me reste-t-il entre les mains, même à l'égard des tiers ?

Absolument rien, et la cession est parfaite évidemment en dehors de toute transcription.

Tout au plus pourrait-on soutenir que l'article 1690 est applicable, et que pour saisir de cette action le cessionnaire vis à vis des ayant-cause du cédant, Il faut la notification au détenteur de l'immeuble. Mais ce point, fort délicat et fort controversé ne rentre pas dans le cadre de notre étude et nous n'avons pas à nous en occuper.

(Contra Duranton t. VIII, n° 505, Troplong t. III, n°s 1165 etc. Conf Demante, t. IV, n° 80 bis III, Aubry et Rau, t. VI p. 81. Demolombe, Donations et Testaments. n° 250).

— Les fruits pendants par branches ou par racines, les coupes de bois taillis ou de futaies, les biens immeubles par destination, peuvent indépendamment de l'immeuble, faire l'objet d'une donation.

De pareilles libéralités ne sont en réalité que des donations de meubles, non sujettes à la formalité de la transcription,

(Bayle-Mouillard sur Grenier t. II, n° 161, note a, Flandrin, de la Transcription t. I, n°s 684-686; Demolombe, loco citato, n° 251.)

—Mais il en est autrement de la donation de droits

successifs, lorsque ces droits portent sur des biens susceptibles d'hypothèque.

Qu'est-ce en effet qu'une pareille donation, sinon une donation de copropriété sur les immeubles de la succession ! (article 711.)

(Demolombe loco citato, n° 252 Troplong t. III n. 1166).

Formalités de la trancription.

Sous cette rubrique, nous étudierons par qui, dans quel délai et comment la transcription doit être faite.

A. Et d'abord par qui la transcription doit-elle être faite ?

La réponse à cette question se trouve dans les articles 940 et 942. Ces articles ont pour but de nous indiquer quelles personnes sont obligées de faire transcrire, mais l'article 940 parle aussi incidemment des personnes, qui, sans y être tenues, ont cependant le droit de requèrir la transcription, entre autres, la femme mariée donataire.

Il nous faut donc rechercher,

D'une part, quelles personnes peuvent requérir la transcription,

D'autre part, quelles personnes sont obligées à l'accomplissement de cette formalité.

I — En principe, tout individu porteur de l'acte de donation peut exiger la transcription au bureau des hypothèques.

Mais l'acte de donation étant authentique et minuté, pour s'en procurer une expédition à l'effet de faire transcrire, il faut avoir le droit de demander au conservateur des hypothèques l'accomplissement de cette formalité ; sinon, le notaire pourrait refuser la délivrance de l'expédition nécessaire !

Il importe donc, à ce point de vue, de connaître quelles personnes ont le droit de faire transcrire.

Les deux premières qui viennent à la pensée, ce sont le donataire et le donateur.

Le donataire, sans aucun doute! n'est-il pas le principal intéressé, n'est-ce pas à lui que le défaut de transcription sera nuisible? A lui donc, en première ligne, le droit de requérir la transcription!

Le donateur! car, ayant le droit de donner, il a évidemment le droit de remplir les formalités nécessaires à l'efficacité pleine et entière de sa volonté libérale; qui veut la fin veut les moyens!

— Le donataire, avons-nous dit, peut requérir la transcription; et, à cet égard pas de difficultés, s'il est majeur et capable; mais que faut-il décider au cas de minorité ou d'une incapacité quelconque?

La transcription est, par elle-même, une simple formalité, une mesure conservatoire, un fait purement matériel qui n'exige aucune capacité juridique.

Aussi l'art. 940, non pas évidemment avec une intention limitative, mais à titre d'exemple, nous dit-il que la femme donataire pourra faire procéder à la transcription sans être autorisée de son mari.

Par suite, il faut étendre cette décision au mineur et à l'interdit donataires dont le tuteur néglige de faire transcrire.

Mais on ne doit pas s'en tenir là : il y a la plus grande analogie entre la transcription d'un contrat translatif de droits réels et l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque; la transcription comme l'inscription sont de simples mesures conservatoires dont les formes et le but sont presque entièrement semblables.

Dès lors il est naturel d'accorder le droit de faire transcrire la donation faite en faveur d'un incapable à ceux qui ont le pouvoir da requérir pour lui l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque.

Or les articles 2138 et 2139 donnent ce pouvoir aux parents soit du mari, soit de la femme, et aux parents du mineur, même aux amis des incapables, et au procureur de la République.

Reconnaissons donc à toute ces personnes le droit de requérir la transcription, conformément à la nature même de cette opération juridique et aux règles de l'analogie !

II — Recherchons maintenant quelles personnes sont obligées de faire transcrire.

C'est, dit l'article 939, le mari lorsque les biens auront été donnés à sa femme, et les tuteurs, curateurs ou administrateurs lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics.

Le mari est tenu de faire transcrire !

Là-dessus, ne se présente aucun doute lorsque c'est avec son autorisation que la femme a accepté la libéralité, et lorsque, d'autre part, c'est à lui qu'appartient l'administration des biens de sa femme ; toutes les raisons, en pareil cas, sont réunies pour l'existence de l'obligation.

Mais voilà que la femme, mariée sous un régime où le mari n'a pas l'administration, sous le régime de la séparation de biens par exemple, a accepté avec l'autorisation de justice !

Assurément, si ces deux circonstances se trouvent réunies, il est impossible d'imposer au mari le devoir de veiller à l'accomplissement de la transcription.

Il n'a pas autorisé l'acceptation : par son refus, certainement, il ne s'est pas engagé à prendre soin de parfaire le contrat !

Il n'a pas l'administration : ce n'est donc pas non plus en qualité de mandataire qu'il sera tenu !

Dès lors sur quoi faire reposer son obligation ?

Sur rien, et il faut déclarer nettement qu'elle n'existe pas !

Mais la décision à prendre devient beaucoup plus délicate lorsqu'on se trouve en présence non plus de ces deux conditions réunies, mais d'une seule d'entre elles, et alors se pose la double question que voici :

a. — Lorsque le mari est administrateur et que la femme a accepté avec l'autorisation de justice, le mari est-il obligé de faire transcrire,·

b. — Y est-il obligé, lorsque, sans être administrateur des biens de sa femme, il l'a autorisée à accepter ?

Reprenons successivement ces deux hypothèses :

a. — Le mari administrateur des biens de sa femme, lui a refusé l'autorisation d'accepter.

D'après des auteurs remarquables, Marcadé, entre autres, aussi bien que d'après quelques jurisconsultes de notre ancien droit, le mari, en refusant à sa femme l'autorisation d'accepter, se rendait par cela même étranger à toutes les suites d'un contrat qu'il désapprouvait formellement dès l'origine.

« *La femme en pareil cas ne doit plus s'attendre à lui* ..... » disait Ricard,

Ne serait-ce pas une véritable contradiction que forcer le mari d'assurer à la donation son effet vis à vis des tiers, lorsque la loi lui accorde le droit de refuser à la

femme l'autorisation qu'elle est tenue de lui demander et qui doit suppléer à son incapacité ?

Ne serait-ce pas extrêmement choquant d'obliger le mari à parfaire un acte qu'il peut avoir les motifs les plus sérieux et les plus légitimes de désapprouver !

Si nous lisons attentivement et dans son entier l'article 940, nous y voyons que ceux-là sont tenus de faire transcrire qui sont aussi tenus d'accepter : tuteurs et administrateurs !

L'obligation de faire transcrire est en quelque sorte liée comme une suite et un accessoire à l'obligation d'accepter :

Là où on peut refuser l'autorisation, it est naturel que si on n'a pas voulu autoriser, on ne soit pas obligé de faire transcrire.

« D'ailleurs, dit Marcadé, la femme qui a su se passer du mari pour l'acceptation, en s'adressant au tribunal, peut a fortiori s'en passer pour la transcription qu'elle peut demander seule et sans autorisation. »

(Marcadé, art. 940 ; Coin. Delisle, art. 942 n° 9, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 166, note b, Flandin, t. I n° 729.)

Cette argumentation très-puissante ne nous semble pas décisive.

Le mari a refusé d'autoriser, c'est vrai, mais l'autorisation qu'il a refusée a été accordée par la justice. Cette autorisation de justice prouve, du moins en principe, que le mari a eu tort de refuser la sienne.

Ce tort peut-il le décharger de l'obligation qui lui est imposée en termes généraux par l'article 940 ?

En opposant pour l'acceptation un refus qu'il avait le

droit et peut-être le devoir d'opposer, il s'est, dit-on dégagé des suites du contrat.

Il a voulu s'en dégager, peut-être; mais le pouvait-il, là est le point !

Et précisément, il ne le pouvait pas ; car ne l'oublions point, dans notre hypothèse, le mari est administrateur des biens de sa femme.

Or, la donation acceptée avec autorisation de justice est une donation régulière, qui fait entrer d'ores et déjà le bien donné dans le patrimoine de la femme.

C'est un bien de la femme ; le mari doit l'administrer, veiller à sa conservation, et, par conséquent, faire transcrire le contrat de donation (art. 1428).

Car s'il avait le droit de laisser courir à ce bien les chances auxquelles le défaut de transcription du contrat va l'exposer, il aurait le droit de n'administrer que partiellement le patrimoine de la femme, et ainsi, il aurait le droit de porter atteinte, ce qui est impossible, à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales · (art. 1395).

(Demande t. IV, n° 81 bis, I, Saintespès-Lescot, t. III, n° 735, Demolombe, loco citato n° 273.

b. — Le mari n'est pas administrateur, mais il a autorisé l'acceptation.

Il est, dit une première théorie, obligé de faire transcrire.

Libre d'accorder ou de refuser son autorisation, il s'est engagé, en l'accordant, à veiller à la perfection du contrat, à achever ce qu'il a commencé, de même qu'en la refusant, il se serait dégagé des suites de la convention.

Cette théorie est d'ailleurs conforme au texte général de l'article 940 !

(Coin-Delisle, art. 942, n° 11; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. II, n° 166, note *a*, Flandin, t. I, n° 731.)

Certainement, répondrons-nous, le texte de l'article 940 est général; mais si cette généralité était décisive, il faudrait dire que, dans tous les cas, même lorsque le mari séparé de biens a refusé l'autorisation, la nécessité de faire transcrire s'impose à sa vigilance.

Et personne, que nous sachions, ne pense à aller jusque-là ·

Le mari a autorisé, mais en quoi cet acte l'engage-t-il vis-à-vis de la transcription ?

Oh, que ceux qui doivent accepter pour l'incapable, tels que les tuteurs ou administrateurs, soient obligés de veiller à la transcription, cela est légitime et découle des principes mêmes du mandat (art. 1991, p. 2.)

Mais toute autre est la situation du mari : Non-seulement il n'a pas le devoir, il n'a même pas le droit d'accepter; il ne peut qu'autoriser et nous ne voyons rien dans l'autorisation qui engage le mari relativement à la nécessité de faire transcrire le contrat de donation.

(Demande t. IV, n° 81 bis I; Demolombe, loco citato n° 274).

— Le tuteur est obligé, dans tous les cas, de faire transcrire la donation acceptée par lui, ou même par un ascendant de l'incapable.

Pourtant, que décider, si le tuteur était lui-même le disposant ?

Sans doute, en pareil cas, le subrogé-tuteur, tenu d'accepter à la place du tuteur est aussi tenu de faire transcrire; c'est une suite nécessaire du mandat qui lui est confié par la loi (art. 1991, p. 2).

Mais en outre, le tuteur, qui ne peut accepter une

donation faite par lui à son pupille, est tenu de la faire transcrire ; car du jour de la donation dûment acceptée, le bien donné est entré dans le patrimoine du pupille, et c'est au tuteur qu'appartient l'administration de ce patrimoine (art. 450).

— Il est évident que le père, administrateur, pendant le mariage, des biens personnels de ses enfants mineurs, doit être obligé à la transcription, absolument comme le tuteur.

— Reste une question très-délicate et très-controversée, celle de savoir si le curateur du mineur émancipé est au nombre des personnes obligées de requérir la transcription.

Les plus éminents auteurs ont soutenu l'affirmative.

Et d'abord, il y a le texte de l'article 940 qui met expressément sur la même ligne les tuteurs, *curateurs* et administrateurs : où la loi ne distingue pas, le commentateur n'a pas non plus à distinguer.

Du reste, l'assistance du curateur étant nécessaire au mineur émancipé pour accepter la donation, il est aussi naturel d'obliger le curateur à faire transcrire la donation à laquelle il a nécessairement participé que de l'obliger à surveiller l'emploi du capital que le mineur émancipé ne peut sans lui recevoir valablement.

Et comme l'article 940 impose au curateur cette obligation de la façon la plus générale, il en serait encore tenu même au cas où la libéralité aurait été acceptée par un ascendant du mineur (art. 935).

(Marcadé. art, 942; n° 2, Flandin, t. I n°° 721 et 727, Demolombe, loco citato, n· 276.)

Cette conséquence du système que nous venons d'exposer nous parait logique et même nécessaire. Mais,

nous le demandons, au cas où la donation faite au mineur émancipé a été acceptée par l'un de ses ascendants quelle raison y a-t-il d'imposer au curateur l'obligation de faire transcrire un acte auquel il est resté complètement étranger ?

D'ailleurs nous allons plus loin, et nous dispensons dans tous les cas le curateur de cette obligation.

Et en effet :

L'obligation de faire transcrire, découle, comme nous l'avons vu, de l'obligation d'administrer;

Or, le curateur n'administre pas les biens du mineur émancipé ; il n'a d'autre mission que de l'assister, de compléter sa capacité dans les actes les plus importants de la vie civile;

Donc il ne doit pas être soumis â l'obligation de faire transcrire la libéralité faite au mineur.

Je sais bien que l'article 940 parle textuellement des curateurs; mais si l'on examine la rédaction distributive de cet article, et la corrélation qui existe,

D'une part, entre les mots *tuteurs, curateurs ou administrateurs*, d'autre part, entre les mots *mineurs, interdits ou établissements publics*, il est facile de remarquer que les curateurs dont parle la loi se rapportent aux interdits, et cette inexactitude évidente de langage ne doit pas étonner outre mesure, si l'on se rappelle qu'avant 1804, les interdits étaient pourvus de *curateurs*, et non point de tuteurs, comme ils le sont aujourd'hui !

Enfin l'article 942 lève, selon nous, toute difficulté :

Cet article établit la responsabilité des personnes chargées de faire transcrire;

Or il ne dit pas un mot des curateurs;

C'est donc que les curateurs dont parle l'article 940 ne sont autres que des tuteurs, c. a. d. les représentants des interdits et non point les protecteurs du mineur émancipé !

— L'obligation d'accepter entraîne l'obligation de faire transcrire : dès lors, le curateur ad hoc chargé d'accepter pour le sourd-muet par l'article 936 doit aussi être obligé de faire transcrire !

Bien plus, les principes du mandat, qui obligent le mandataire à achever l'opération commencée, à aller jusqu'au bout, surtout s'il y a péril en la demeure, nous semblent soumettre à la nécessité de requérir la transcription ceux qui, comme les ascendants, ne sont pas obligés, mais ont le droit d'accepter, toutes les fois qu'ils auront usé de ce pouvoir.

— La responsabilité des personnes chargées d'exiger la transcription des libéralités entre-vifs est déterminée par l'article 942.

Mais nous renvoyons l'étude de cette responsabilité au chapitre suivant, dans lequel nous traiterons des effets du défaut de transcription.

— B. Nous venons de voir par qui la transcription peut ou doit être requise; parlons maintenant brièvement des délais et des formes.

Le Code, mieux inspiré que l'ordonnance de 1731, n'a pas imparti de délai pour la transcription.

L'effet rétroactif eut été dangereux pour les tiers, et d'autre part, l'intérêt du donataire est la meilleure garantie de sa vigilance à faire transcrire.

La transcription n'étant qu'une formalité purement conservatoire peut avoir lieu même après la mort du donataire et du donateur.

Mais peut-elle se faire soit après le jugement déclaratif de faillite, soit avant ce jugement, mais depuis l'époque de la cessation des paiements et dans les dix jours qui ont procédé ?

Avant de résoudre cette question, il est essentiel de savoir si les créanciers chirographaires, si la masse, par conséquent, peut opposer le défaut de transcription, car au cas où on se prononcerait pour la négative, la question perdrait tout intérêt.

— Quant à la manière dont la transcription doit être faite, l'article 939 nous l'indique expressément :

Tout doit être tanscrit, la donation, l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, « *sans en rien omettre* » disait l'ordonnance de 1741.

D'ailleurs, c'est encore l'article 939 qui nous le dit, la transcription doit avoir lieu au bureau des hypothèques de l'arrondissement des biens, et si ces biens sont situés dans divers arrondissements, aux bureaux respectifs de leur situation.

Effets relatifs à la transcription.

Nous avons ici à rechercher quels effets produit l'accomplissement de la transcription, et à l'inverse, quelles conséquences résultent de l'absence de cette formalité.

A. — Effets de la transcription accomplie.

Quelques mots nous suffiront à les caractériser.

Le but de la transcription est d'avertir le public que les biens donnés sont sortis du patrimoine où ils se trouvaient avant le contrat pour entrer dans un autre patrimoine, celui du donataire !

Cette formalité est donc étrangére à la mutatîon de propriété inter partes, ainsi que nous l'apprend la comparaison des articles 938, 940 et 941 : en ce qui concerne le donateur et le donataire, le seul consentement des parties suffit à rendre la libéralité parfaite !

Tout au contraire, elle ne peut, vis-à-vis des tiers, se passer du secours de la transcription : à défaut de cette mesure complémentaire, la donation, en principe, peut être méconnue par tous ceux qui y ont intérêt.

Qu'est-ce à dire, sinon qu'une fois transcrite, la libéralité entre-vifs est opposable à tous sans distinction;

Qu'est-ce à dire, sinon que la transcription opère d'une façon absolue, erga omnes, la mutation de propriété !

Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la donatio n'a point d'existence juridique vis-à-vis des tiers, et les contrats passés par eux avec le donateur relative-

ment aux biens donnés sont absolument efficaces vis-à-vis du donataire;

Par contre, les conventions postérieures à la transcription sont inopposables au donataire lorsque les droits créés par elles se trouvent en opposition ou en conflit avec les droits résultant de la libéralité.

B. — *Effets du défaut de transcription.*

Ces effets sont relatifs.

D'une part, aux personnes. qui, chargées de faire transcrire, ont failli à la mission que la loi leur avait confiée.

D'autre part, aux personnes qui, intéressées à méconnaître la libéralité, peuvent opposer au donataire l'inaccomplissement de la formalité prescrite.

Examinons successivement la situation faite aux unes et aux autres par le défaut de transcription.

I.— Personnes chargées de faire transcrire.

Nous avons, dans le chapitre précédent, déterminé d'une façon précise quelles étaient ces personnes.

Leur responsabilité est établie par l'article 942 ainsi conçu :

« Les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne seront pas restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations ; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables. »

Ce texte a tout d'abord inspiré aux jurisconsultes une remarque critique de la plus grande exactitude.

Notre article, en effet, a un grand tort ; c'est de confondre dans une seule et même disposition le défaut d'acceptation et le défaut de transcription.

L'ordonnance de 1731, dans ses articles 14, d'une part, 28, 29 et 32 de l'autre, avait eu bien soin d'en traiter distinctement, et les législateurs du Code auraient sagement fait de suivre son exemple.

Car si les deux cas ont un point commun l'impossibilité de la restitution, une grande différence les sépare, à savoir que toutes les personnes obligées de faire transcrire ne sont pas obligées d'accepter :

Ainsi le mari et les ascendants peuvent, suivant les circonstances, être obligés de faire transcrire ; jamais ils ne sont obligés d'accepter ; le mari ne le peut même pas !

Laissons donc de côté le défaut d'acceptation, et occupons-nous seulement du défaut de transcription.

A cet égard. il résulte de l'article 939 que les incapables dont les représentants ont manqué de vigilance ne peuvent être restitués contre le défaut de transcription de la libéralité qui leur a été faite.

Cette disposition est absolument conforme aux principes et à l'équité : car s'il est nécessaire que le législateur protège les incapables contre leur propre faiblesse et les entraînements auxquels ils peuvent être soumis, ce serait exagérer cette protection que de leur permettre d'acquérir en dehors du droit commun et sans l'accomplissement des formalités que l'ordre public a dictés au législateur.

Jusqu'à la transcription, il n'existe point de libéralité à l'égard des tiers, telle est la loi commune, et les incapables eux-mêmes doivent y être soumis.

Mais ceux qui les représentent étant en faute d'avoir négligé la perfection du contrat, il était légitime, en refusant une restitution véritablement incompréhensible,

car elle eût été sans objet, d'accorder aux incapables un recours contre les tuteurs et maris, a l'effet de les indemniser du dommage causé.

Remarquons bien toutefois les expressions de l'article 942 : « sauf un recours; *s'il y échet* », c'est-à-dire que nous devons appliquer ici, absolument comme le faisait l'ordonnance de 1731, lès principes généraux de la responsabilité.

Il faudra donc pour l'existence du recours deux conditions :

1° Un dommage causé.

2° Une faute de la part du représentant de l'incapable (art. 1382).

— La restitution ne pouvant ici se concevoir, il est évident qu'il n'y avait pas à distinguer entre les cas où le représentant est solvable, et celui où il ne présente que des garanties illusoires ; et c'est ce qu'a déclaré avec raison l'article 942 !

— Cet article ne parle pas de la responsabilité qui incombe aux administrateurs des établissements publics ; mais à cela deux raisons :

1° Cette responsabilité existe en vertu des principes généraux du droit.

2° Elle est soumise, au moins dans une certaine mesure, aux règles du droit administratif. C'est ce qui semble résulter très-clairement des paroles de M. Jaubert dans son rapport au tribunat :«Les administrateurs des établissements publics. dit-il, ne doivent être soumis qu'à la responsabilité attachée à leurs fonctions. » (Locré, législ. civ. t. XI. p. 458).

— En outre du recours dont sont passibles les personnes chargées de faire faire la transcription, la loi

sanctionne encore l'inaccomplissement de ses prescriptions en défendant à ces personnes d'opposer, quand leur intérêt est en jeu, le défaut de transcription.

Mais, à cet égard, les maris, tuteurs et administrateurs rentrent dans la classe des personnes qui ne peuvent invoquer l'absence de publicité du contrat et par conséquent dans la seconde partie de notre division, à laquelle nous arrivons maintenant.

II. — PERSONNES QUI PEUVENT OU NON INVOQUER LE DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

L'article 941 est ici le texte à consulter :

« Le défaut de transcription, dit cet article, pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause et le donateur, »

Ce texte, on le voit à la simple lecture, contient une règle et des exceptions.

La règle est aussi générale que possible : « toute personne ayant intérêt peut opposer le défaut de transcription » !

Il n'est pas sans intérêt et sans utilité, avant d'aborder les questions si controversées auxquelles a donné lieu l'interprétation de notre article de rapprocher ce texte de l'article 27 de l'ordonnance sur l'insinuation, et l'observation qui s'impose immédiatement, c'est que l'un est calqué absolument sur l'autre, à cette différence près que l'article 951 s'est contenté de reqroduire la règle posée par l'article 27 de l'ordonnance, sans, comme lui, énumérer spécialement les personnes comprises dans la formule générale, énumération fort inutile en présence d'une règle dont les termes sont aussi précis et aussi absolus,

Le Code civil, d'ailleurs, a eu soin, comme l'ordonnance de s'expliquer formellement sur les exceptions qui devaient être apportées à cette règle, et il semble dès lors qu'aucune difficulté ne peut surgir sur l'étendue de la règle et la portée des exceptions.

Malheureusement, les divers systèmes qui sont en lutte sur la nature même de la transcription des donations ont apporté dans le commentaire de l'article 941 les éléments du désaccord le plus complet et le plus absolu.

Pour nous, nous essaierons, comme nous l'avons déjà dit, de rester jusqu'au bout fidèles à notre point de départ, et fermement convaincus de nous trouver en présence d'un mode de publicité qui peut revendiquer à juste titre une existence indépendante et une organisation spéciale, nous attacherons la plus grande importance, même une importance décisive aux expressions du texte, alors même que la lettre de nos articles nous amènerait à quelques résultats identiques aux effets de l'ancienne insinuation.

Et maintenant que nous sommes fixés sur la méthode à suivre, abordons l'étude détaillée de notre article.

Nous avons à nous demander :

a. — Quelles personnes comprend la règle ;

b. Quelles personnes comprend l'exception ?

a. — La règle, aussi générale que possible dans ses termes, permet à toute personne ayant intérêt d'opposer le défaut de transcription.

L'intérêt résulte évidemment du danger que fait courir aux droits des tiers l'existence de la donation : donc ceux-là ont intérêt, au sens de l'article 941, qui verraient leurs droits lésés par la donation, si elle n'était considérée à leur égard comme inexistante.

Il faut un droit lésé par l'existence de la donation pour se trouver dans la règle de l'article 941, et tout le monde est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que cette règle comprend, au premier rang, les acquéreurs, à titre onéreux de droits réels et les créanciers hypothécaires du donateur ;

Mais tout droit lésé constitue-t-il un intérêt suffisant; en d'autres termes, ceux qui n'invoquent qu'un droit réel acquis à titre gratuit, ou un simple droit personnel peuvent-ils opposer le défaut de transcription ?

La réponse à cette question va se trouver dans la division suivante, lorsque nous examinerons quels ayants-causes du donateur il faut comprendre dans l'exception !

Il est évident que la règle de l'article 941 ne comprend ni le donataire ni ses ayants-cause ;

Le donataire, parce qu'aux termes de l'article 938, la donation dûment acceptée est parfaite entre les parties contractantes;

Ses ayants-cause, parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur !

D'ailleurs, en principe, l'intérêt du donataire et de ses ayants-cause, ce n'est pas l'inexistence, mais tout au contraire la validité de la donation et il faut vraiment se creuser la tête pour trouver un cas où il leur serait avantageux d'opposer le défaut de transcription.

Ce cas cependant n'est pas impossible : supposons un contrat de mariage avec adoption du régime dotal, constitution en dot des biens présents et donation par un ascendant.

La femme donataire ou ses créanciers peuvent alors avoir intérêt à opposer le défaut de transcription, afin

d'hériter du bien qui lui a été donné et l'arracher ainsi, à la rigueur du régime dotal.

Mais, si elle a intérêt à le faire, évidemment elle n'en a pas le droit, non-seulement à cause du principe écrit dans l'arttcle 933, mais encore à cause du grand principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

b. — Ceux-là ne peuvent opposer le défaut de transcription qui sont chargés eux-mêmes de faire transcrire, ou leurs ayants-cause et le donateur.

Nous avons vu précédemment les personnes chargées de faire transcrire, et pour leur énumération, nous nous contentons d'un simple renvoi.

Mais pourquoi ces personnes ont-elles été exceptées de la règle par l'article 941 ?

Deux raisons décisives se présentent immédiatement: la loi leur avait confié une mission qu'elles n'ont pas remplie et elles ne doivent pas bénéficier de leur négligence ;

aux termes de l'article 942, elles sont responsables vis-à-vis du donataire en cas d'éviction ; il eut été ridicule de leur permettre d'évincer le donataire, pour les soumettre ensuite à un recours ayant précisément pour but de le rendre indemne et c'était le cas où jamais, d'appliquer la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Mais les ayants-cause des personnes obligées de faire transcrire sont sans qualité aussi bien qu'elles, pour opposer le défaut de transcription.

Aucun doute ne peut venir, quand il s'agit des successeurs à titre universel ; ceux-là succèdent aux obligations du tuteur et l'on comprend sans peine que les

héritiers du tuteur et du mari aient été compris par la loi dans l'exception qu'elle apportait à la règle générale de l'article 941.

Mais voilà qu'il s'agit d'un successeur à titre particulier : le tuteur, loin de transcrire la donation faite à son pupille, la tient secrète, et se fait consentir par le donateur une vente du même immeuble ; puis il revend cet immeuble, ou le grève d'hypothèques, ses ayants-cause pourront-ils opposer au pupille donataire le défaut de transcription?

Non, répond l'article 941, qui ne distingue pas entre les ayants-cause à titre universel et les ayants-cause à titre particulier.

Les ayants-cause ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur, qui les leur a transmis qualiter se habentia, et la loi applique ici la maxime connue : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* »

Cette théorie est-elle équitable et rationnelle ?

Assurément non ! Car les ayants-cause à titre particulier ne succèdent pas aux obligations personnelles de leur auteur, à sa responsabilité en cas d'éviction pour défaut de transcription, et d'autre part, la maxime *Nemo plus juris*... est loin d'être absolue dans notre Droit.

Sans sortir de la matière, et pour nous en tenir au chapitre des donations, jamais, si on appliquait rigoureusement cette maxime, le défaut de transcription ne serait opposable par les tiers qui, eux-mêmes, rentrent dans la catégorie générale des ayants-cause.

Eh quoi, lorsqu'un donateur vend à un tiers l'immeuble donné, est-ce qu'il ne cède pas, en définitive,

un droit qu'il n'a plus; est-ce qu'il pourrait dire au donataire : « J'ai un droit sur l'immeuble ? »

Et comment l'acheteur, qui tient tous ses droits du donateur, pourrait-il plus que lui tenir ce langage au donataire, si la loi n'avait pas ici dérogé à la maxime Nemo plus juris?.....

Si nous faisons une analyse rigoureuse des situations, il faut convenir que celle des ayants-cause à titre particulier des personnes chargées de faire transcrire, est absolument identique à celle des ayants-cause à titre particulier du donateur ;

Ni les uns ni les autres ne succèdent à la responsabilité de leur auteur vis-à-vis du donataire !

Dès lors, puisqu'on n'accorde pas la restitution contre le défaut de transcription, à un mineur, un interdit, ou une femme mariée donataires vis-à-vis des ayants-cause à titre particulier du donateur, il eût été logique de ne pas la leur accorder vis-à-vis des ayants-cause à titre particulier des personnes chargées de faire transcrire.

Les uns et les autres ont acquis de bonne foi l'immeuble donné,sans être avertis de la mutation antérieure par la publicité légale ; aux uns et aux autres, on n'a rien à reprocher ; il fallait donc les mettre sur la même ligne.

On comprend que dans l'intérêt des incapables, la loi accorde la restitution contre le défaut de transcription ; la protection qui leur est due explique du moins, si elle ne justifie pas cette mesure.

Mais, pour être logique, il fallait l'étendre aux deux hypothèses; il fallait l'accorder vis-à-vis des ayants-cause du donateur, aussi bien que vis-à-vis des ayants-

cause des personnes chargées de faire faire la transcription.

Ou plutôt, ce qui aurait été conformen on seulement à la logique, mais encore aux vrais principes, il ne fallait l'accorder ni contre les uns ni contre les autres.

Ces considérations critiques ont amené des auteurs considérables à s'écarter du texte de l'article 941, dans l'hypothèse suivante :

La personne chargée de faire transcrire peut être en même temps le donateur ; ainsi quand la libéralité est faite par le mari à la femme, par le tuteur à son pupille

Leurs ayants-cause à titre particulier sont alors tout à la fois les ayants-cause du mari donateur et les ayants-cause du mari chargé de faire transcrire ;

Et, disent ces auteurs, si en tant qu'ayants-cause du mari chargé de faire opérer la transcription, ils ne peuvent opposer le défaut de cette formalité, ils le peuvent en tant qu'ayants-cause du mari donateur ;

Car, n'étant point tenus personnellement à respecter la donation, si une qualité leur manque pour la repousser, il suffit qu'une autre leur appartienne.

S'ils ne peuvent attaquer comme ayants-cause de la personne chargée de faire transcrire, c'est qu'ici la maxime Nemo plus juris.... s'applique ; mais étant en même temps ayants-cause du donateur, à ce titre, ils ne trouvent plus aucun obstacle dans cette maxime du Droit commun, en vertu même de l'article 941.

Bien plus, dit M. Demolombe, les ayant-cause du mari donateur sont, lorsqu'tl s'agit de la transcription, de véritables tiers à tous égards. Et, en effet, pour faire valoir leur droit sur l'immeuble donné, ils ne sont pas obligés d'emprunter le droit du mari, ils peuvent direc-

tement et proprio jure, invoquer leur contrat d'acquisition, absolument comme les ayant-cause d'un donateur quelconque ; or, il ne faut pas oublier que dans le sujet qui nous occupe, ces ayant-cause sont considérés comme ces tiers par l'article 941 lui-même.

Telle est aussi la doctrine de la cour de cassation, fermement établie dans les arrêts du 4 janvier 1830 (Lefaucheux) et du 10 mars 1840 (Bordier), arrêts qui déclarent d'une façon formelle que, dans le Code civil, il n'y a pas de sens absolu aux mots ayant-cause, et qu'il faut pour le préciser dans chaque hypothèse consulter auant tout « *le sens des lois de la matière !* »

D'ailleurs la théorie que nous venons d'exposer se fortifie d'un argument très saisissant, tiré des articles 1069 et 1080 du Code civil, au titre des substitutions permises,

D'après ces articles, les créanciers et tiers acquéreurs du grevé, ses ayants-cause évidemment, dans le sens large de ce mot, peuvent opposer le défaut de transcription même aux appelés mineurs ou interdits ;

Et cependant le grevé est chargé par l'article 1069 de faire faire la transcription ; et cependant il est responsable vis-à-vis de l'appelé absolument comme les maris et tuteurs vis-à-vis de la femme ou du pupille donataires.

Non-seulement on pourrait voir là un argument de la plus puissante analogie, mais encore un argument a fortiori ; d'une part, en effet, l'appelé peut n'être pas conçu au moment de la substitution et ses intérêts sont, avant tous autres, dignes de la protection du législateur, et d'autre part, il y a moius de chance que les tiers restent dans l'ignorance de la disposition, car la reeponsabili-

té du tuteur à l'exécution, outre celle du grevé, garantit au législateur l'accomplissement de la transcription.

Là, plus encore que dans notre hypothèse, le législateur avait des motifs d'accorder la restitution contre le défaut de transcription, et cependant il ne l'a pas fait !

Dès lors, il est évident que si sa pensée avait prévu spécialement le cas qui nous occupe, il l'aurait résolu de la même façon, sous peine de se contredire.

Je sais bien que l'article 941 ne distingue pas ; mais l'argument tiré de la généralité de son texte tombe devant l'interprétation que nous avons donnée aux mots ayants-cause.

D'ailleurs, en notre sujet, nous devons protéger autant que possible ceux qui n'ont commis aucune faute, même contre les incapables mal représentés (article 942), et notre système, par ses conséquences, rentre absolument dans l'esprit de la loi.

De plus, dans la théorie de ceux qui, comme nous le verrons bientôt, soutiennent que les ayants-cause à titre gratuit ne peuvent opposer le défaut de transcription, l'ayant-cause du tuteur ou du mari donateur qui se prévaudra de l'article 941, sera toujours un acquéreur à titre onéreux, combattant de damno vitando contre un incapable, c'est vrai, mais qui, lui, combat de lucro captando.

Il est vrai que les articles 30 et 31 de l'ordonnance sur l'insinuation refusaient à tous les ayants-cause, à titre particulier du mari et du tuteur, le droit d'opposer le défaut de transcription ; mais pourquoi ?

Parce que, nous disent Pothier et Furgole, les biens du mari et du tuteur étant hypothéqués aux recours de la femme et du pupille, leurs ayants-cause se trou-

vaient tenus hypothécairement sur les biens donnés par eux acquis, « si mieux toutes fois ils n'aiment les délaisser ! »

(Furgola, sur les articles 30 et 31 précités ; Pothier, des Donations entre-vifs, sect. II, art. 3 et Introd. au titre XV de la coutume d'Orléans, n° 63).

Et les savants commentateurs déclarent que si le successeur particulier n'avait pas été tenu hypothécairement, il aurait pu opposer le défaut de transcription, restreignant ainsi par la force même des principes, la généralité trop absolue des articles de l'ordonnance.

Ces articles du Droit ancien ne fournissent donc aux adversaires aucune raison décisive ; assurément, nous le montrerons tout à l'heure, le bien donné, malgré le défaut de transcription, peut être soumis à l'hypothèque légale des incapables ; mais, en pareil cas, l'incapable ne peut, selon nous, atteindre ce bien que comme créancier hypothécaire du tuteur ou du mari, non comme donataire.

Nous croyons donc très-exacte la distinction faite avec beaucoup d'autorité par plusieurs auteurs, distinction maintenue du reste très-fermement, nous l'avons déjà dit, par plusieurs arrêts de la cour de cassation.

(Contra, Merlin, quest. de dr., v° transcription p. VI n. 3, Grenier, t. II n°· 167-169 ; Bayle-Mouillard, h. l., note c ; Coin-Delisle, art. 941 n° 24. Marcadé, art, 941, n° 2 ; Mourlon, répét. écrites, t. II. p. 342. — Conf. Auby et Rau, t. VI, p. 89, Demolombe, donation entre-vifs, t. III p. 295.)

— L'arrêt du 10 mars 1840, précédemment cité, nous conduit à l'examen d'une question très-intéressante et très-controversée.

Les ayants-cause du mari, acquéreurs du bien par lui donné à sa femme, peuvent opposer le défaut de transcription, mais sont-ils soumis au recours hypothécaire de la femme créancière de son mari en vertu de la faute par lui commise et de l'action en garantie ?

M. l'avocat général Tarbé soutint énergiquement la négative devant la cour, et voici les raisons qu'il invoqua :

1° La donation non transcrite, dit-il, est nulle à l'égard des tiers, tel est le principe admis !

Donc il ne peut naître de cette donation aucun droit utile au profit de la donataire contre les tiers acquéreurs !

L'article 2121 accorde l'hypothèque légale aux femmes sur les biens de leur mari ; mais il faut un droit, une créance, à laquelle se rattache l'hypothèque, et c'est non-seulement l'hypothèque, mais encore c'est avant tout la créance que l'on doit considérer.

Or, ici, d'où vient l'obligation ?

De la responsabilité du mari, de la garantie de ses faits personnels attachée à la donation, de la donation elle-même !

« La donation seule, dit M. l'avocat général Tarbé, voilà le principe et la cause de la créance hypothécaire; or si l'on prouve en faveur des tiers l'inexistence de ce principe, de cette cause, comment comprendre que par un retour aussi nouveau qu'imprévu, l'on vienne opposer aux tiers une action dont la donation seule est l'origine et qui découle uniquement ex eodem fonte, ex eodem contractu ! »

2° La donation, dans l'hypothèse soumise à la cour, était par contrat de mariage, et la femme invoquait la

convention matrimoniale comme cause de son recours hypothécaire (art. 2135, p. 2).

Mais ici, répondait le savant avocat général, c'est encore la donation, et, en vain, sous une autre forme, voudrait-on la reproduire et chercher à lui rendre la vie : « mutato nomine, eadem fabula narratur ! »

3° Qu'est-ce, en définitive, que cettre prétention d'hypothèque, *sinon une tentative de restitution ?*

Or la restitution est défendue par les articles 942 et 1070 qui permettent seulement le recours contre le grevé ou les représentants des incapables, maris, tuteurs ou administrateurs.

Ce recours, quand il s'exerce contre les tiers, c'est-à-dire en dehors du cercle étroit qui lui est imposé par la loi n'est en réalité qu'une restitution déguisée, et par conséquent une violation des articles que nous venons de citer.

— Très-graves et très-éloquentes étaient ces conclusions ! La cour de cassation les repoussa cependant et reconnut fondée la prétention hypothécaire de la femme, encore bien que, par un arrêt précédent, elle eut admis les tiers acquéreurs ou détenteurs à opposer le défaut de transcription.

Il n'y a, en effet. aucune contradiction entre ces deux solutions.

Et en effet :

1° Aux termes de l'article 938 du code civil, la donation dûment acceptée est parfaite entre le donateur et le donataire, dans l'espèce, entre le mari et la femme.

Cette donation oblige le mari à faire transcrire, (art. 940) ; elle l'oblige encore à s'abstenir de tout acte qui léserait les droits de la femme donataire (art. 1134) ;

De plus, la responsabilité du mari est écrite dans les articles 942 et 1382 ;

La créance de la femme est donc parfaitement justifiée, et le principe d'où elle découle a une existence indéniable.

La femme, créancière du mari à raison d'un contrat valable entre elle et lui, peut exercer cette créance de la même façon et par les mêmes moyens que ses autres créances.

C'est-à-dire qu'elle a, pour la garantie et le recouvrement de cettre créance une hypothèque légale dont la date remonte au jour de la donation elle-même et qui frappe tous les biens du mari sans distinction, les biens aliénés et les biens restants.

2° On objecte que le femme créanciére du mari ne peut exercer sa créance vis à vis des tiers sans arriver à une restitution défendue.

Mais, en vérité, une créance qui n'aurait d'effet qu'interpartes n'en serait pas une ; il lui faudrait disparaître devant les autres créances même chrographaires, et elle ne pourrait pas venir au gage commun établi par l'article 2092 !

Obligés de reconnaître qu'il y a une créance entre le mari et la femme, nous devons, sous peine de nous contredire, sous peine d'affirmer l'existence d'une obligation pour en nier immédiatement les conséquences les plus nécessaires et rayer du code civil l'article 2092, nous devons, dis-je, convenir que cette créance vient au concours avec les créances chirographaires, si elle est elle-même chirographaire, qu'elle les prime, si elle est hypothécaire,et qu'enfin dans ce dernier cas,en vertu du droit de suite, aussi certain que le droit de préfé-

rence, elle s'exerce même sur les biens sortis du patrimoine du mari.

D'ailleurs il est inexact de dire que cette théorie arrive à une restitution.

La restitution ferait dans tous les cas rentrer l'immeuble dans le patrimoine de la femme; or il en sera tout autrement avec l'exercice du recours hypothécaire,

Si la femme est primée par d'autres créanciers,

Si sa créance elle-même est contestée, par exemple, au cas où le mari n'a pas commis de faute,

Si l'immeuble n'est pas soumis au recours en vertu d'une restriction d'hypothèque, (art. 2140 et suivants),

Enfin si l'acquéreur a purgé (art. 2193 et suivants).

Dans les autres cas, j'en conviens, le recours hypothécaire pourra être pour la femme une garantie aussi efficace qu'une véritable restitution; mais la procédure sera bien différente; la femme agira vis à vis des tiers acquéreurs ou détenteurs comme créancière du mari, non comme donataire, et si elle obtient la réparation intégrale du préjudice causé, ce sera du moins en vertu du jeu régulier des principes!

Nous ne terminerons pas cette discussion sans signaler l'opinion de M. Troplong, qui n'accorde à la femme le recours hypothécaire que contre les détenteurs d'immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation; elle n'en aurait pas contre l'acquéreur de l'immeuble donné, parce que, vis à vis de lui, « *son titre est nul* ».

Mais nul vis à vis de l'acquéreur de l'immeuble donné, ce titre est nul aussi vis à vis de tous les autres tiers intéressés.

Avec un pareil motif, il faudrait, pour être logique

revenir complétement et pour tous les cas à la thèse de M. l'avocat général Tarbé, et c'est avec raison que M. Demolombe considère la théorie de M. Troplong tout à la fois comme inexacte et comme dangereuse pour l'opinion que nous venons de défendre.

(Troplong t. III, n° 1171, Aubry et Rau, t. VI p. 93, Demolombe, des donations entre-vifs, t. III p. 301).

— Il nous reste maintenant à étudier l'exception relative au donateur.

Le donateur ne peut pas exciper du défaut de publicité, cela va de soi.

Il la connaît bien, lui, la donation, car c'est lui qui l'a faite, et il violerait l'article 1134 aussi bien que l'article 941, il outragerait la bonne foi, s'il refusait de se soumettre aux effets du contrat qu'il a passé, sous prétexte que ce contrat n'a pas été porté, suivant le mode légal, à la connaissance du public.

Mais l'article 941 ne dit rien de ses ayants-cause, de ses successeurs, et le laconisme de ce texte a donné lieu aux plus graves controverses.

Occupons-nous d'abord des successeurs à titre universel, héritiers, donataires ou légataires.

D'après les auteurs les plus considérables, d'après aussi une jurisprudence invariable, les héritiers et autres successeurs universels du donateur ne peuvent opposer le défaut de transcription.

Et en effet :

1° Aux termes de l'article 938, la donation dûment acceptée est parfaite entre le donateur et le donataire ; aussi le donateur, aux termes de l'article 941, ne peut-il opposer le défaut de transcription.

Or, l'héritier du donateur, c'est le donateur lui-même, *hæres sustinet personam defuncti !*

Donc l'héritier du donateur, pas plus que le donateur lui-même, ne saurait opposer le défaut de transcription !

2° Aux termes de l'article 1072, relatif à la publicité des substitutions, c'est-à-dire des libéralités à charge de conserver et de rendre, le défaut de transcription ne peut être opposé aux appelés par les héritiers du disposant ;

L'analogie entre les deux cas n'est-elle pas saisissante ?

3° L'article 27 de l'ordonnance sur l'insinuation avait spécialement pour but l'intérêt des héritiers du donateur ; aussi annulait-il dans sa disposition finale, toute clause par laquelle le donateur se serait chargé de faire insinuer à peine de dommages-intérêts ; car cette clause eût été pour ses héritiers l'origine d'une responsabilité qui les aurait empêchés d'invoquer le défaut de transcription.

Notre article 941, tout en copiant presque littéralement l'article 27 n'a pas reproduit cette disposition ; c'est donc qu'il n'avait pas en vue l'intérêt des héritiers.

D'ailleurs, comme une pareille clause serait évidemment valable sous l'empire du Code, elle deviendrait de style dans tous les actes de donations, et la loi, qui aurait voulu protéger les héritiers, aurait absolument manqué son but en supprimant la prohibition portée par l'article 27 de l'ordonnance.

Ayant négligé le moyen, n'est-il pas naturel de penser qu'elle ne s'est pas préoccupée du résultat, et

qu'elle n'a point considéré les intérêts et les droits des héritiers comme distincts de ceux du donateur lui-même ?

4° Si le législateur avait voulu s'occuper des héritiers du donateur, n'aurait-il pas exigé la publicité, non-seulement des donations d'immeubles, mais encore des donations de meubles, qui peuvent, comme les premières, être pour eux une cause de ruine.

5° Les rédacteurs du Code avaient à choisir entre l'insinuation organisée par l'ordonnance de 1731 et la transcription organisée par la loi du 11 brumaire de l'an VII.

Or, ils ont adopté la transcription, et la loi de brumaire refusait formellement aux héritiers le droit d'opposer le défaut de publicité ;

Donc eux aussi, ils ont dû le leur refuser.

Et il est impossible de méconnaitre la portée capitale de cet argument aux yeux de ceux qui ne voient dans nos articles 939 et suivants, que la reproduction pure et simple du Droit intermédiaire sur la publicité des donations.

6° Cette doctrine, établie sur les arguments les plus considérables, peut en outre invoquer pour elle tous les précédents historiques.

Jamais, dans les pays de nantissement, où la dessaisine réelle tenait lieu de l'insinuation, jamais les héritiers du donateur ne purent se prévaloir de l'absence de cette formalité.

Et lorsque le Droit intermédiaire, abolissant le régime féodal, remplaça le nantissement par la transcription, la loi du 10 avril 1791, tranchant toute controverse, prit soin de déclarer que les héritiers du

donateur ne pourraient opposer le défaut de transcription.

D'ailleurs, une jurisprudence inébranlable, appuyée sur les autorités les plus imposantes, a consacré cette théorie d'une façon définitive !

(Cass. 12 décembre 1810 et 23 août 1814 ; Orléans, 6 juin 1868 ; Merlin, Répert., 1° Donation, section VI, p. 3 ; Delvincourt, t. II, p. 75, note 4 t Duranton, t. VIII, numéro 518 ; Marcadé, article 941, numéro 3 ; Demangeat, note sur l'article 941; Répert. écrit de Mourlon ; Troplong, t. III, numéros 1175 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 85, 86 ; Flandin, t. II, numéros 930 et suivants ; Demolombe, des donations entre-vifs, t. III, p. 265).

— Le système que nous venons d'exposer triomphe donc sur toute la ligne ; cependant, la vérité nous oblige à le dire, il nous a toujours inspiré les doutes les plus sérieux, et malgré toutes les perplexités que nous cause son succès auprès des auteurs et de la jurisprudence, notre conviction penche énergiquement vers la théorie contraire, enseignée avec beaucoup de force par messieurs Buguet, Duverger et Mourlon.

La transcription des donations, nous l'avons reconnu avec beaucoup de jurisconsultes qui sont ici dans les rangs des adversaires, a, sous l'empire du Code, une organisation propre et indépendante, écrite dans les articles 939 et suivants. Or, que dit l'article 941 ?

Que le défant de transcription pourra être opposé *par toutes les personnes ayant intérêt !*

Or, les héritiers ont-ils intérêt ?

Oui, évidemment, car l'acceptation à l'aveugle d'une succession épuisée par des libéralités entre-vifs tenues secrètes peut être pour eux une cause de ruine.

Donc, ils sont compris dans la règle posée par l'article 941 et peuvent opposer le défaut de transcription, à moins que la loi ne les ait spécialement exceptés.

Or, ils ne sont pas compris expressément dans l'exception ; s'y trouvent-ils du moins virtuellement !

Oui, répondent les adversaires, car l'exception comprend le donateur et dès lors ses héritiers, qui le représentent et succèdent à ses droits comme à ses obligations ; nec plus, nec minus !

C'est ici qu'est l'erreur et il ne faut pas donner à la règle hæres sustinet personam defuncti une portée qu'elle n'a pas en réalité.

Le donateur avait une obligation, ne rien faire personnellement qui pût porter atteinte à la libéralité, sous peine d'un recours en garantie. Or, en l'espèce, le donateur s'est conformé à cette obligation et il est mort exempt à cet égard de toute responsabilité.

Dès lors, ses héritiers n'ont du chef du de cujus aucune responsabilité vis-à-vis du donataire.

Les héritiers, d'ailleurs, il ne faut pas l'oublier, ont quelquefois des droits que le de cujus n'avait pas ; témoin, sans sortir de notre titre, l'action en réduction des dispositions qui portent atteinte à la réserve !

Ces droits, qui appartiennent à l'héritier sans qu'il les trouve dans le patrimoine de son auteur, lui viennent de la loi elle-même ; et c'est ainsi, que dans notre hypothèse, l'article 941 qui refuse au donateur le droit d'opposer le défaut de transcription et l'accorde à toutes les personnes ayant intérêt, l'accorde par cela même à ses héritiers de la façon la plus positive.

Mais, dit-on, la loi ne pouvait excepter avec le donateur ses ayants-cause ; car elle eût ainsi excepté non-

seulement ses héritiers, mais encore tous ceux pour lesquels la règle est faite et qui tout en étant des tiers dans le sens de l'article 941, font partie cependant de la catégorie générale des ayànts-cause.

Très-bien, mais si l'on ne pouvait excepter les ayant-cause d'une façon générale, quoi de plus simple et de plus facile que d'excepter les héritiers, en employant cette expression d'héritiers, qui les désigne simplement et distinctement !

D'ailleurs il suffit de comparer l'article 941 à l'article 27 de l'ordonnance de 1731 pour reconnaître qu'il n'est que sa reproduction abrégée.

L'article 27 comprenait formellement les héritiers du donateur dans l'énumération qu'il faisait des personnes ayant le droit d'opposer le défaut d'insinuation, « *et, généralement, ajoutait-il, tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le donateur.* »

L'article 941 reproduit la règle générale ainsi que l'exception en supprimant simplement une énumération absolument inutile.

Comment, dès lors, ne pas l'interpréter dans le même sens que l'article 27 de l'ordonnance !

Oh, je sais bien que le Code n'a pas reproduit la disposition finale de cet article, annulant la clause pénale insérée en prévision du cas où le donateur aurait négligé de faire faire la transcription.

Mais que faut-il voir dans cette suppression sinon un retour légitime à la liberté des conventions, et dans tous les cas il ne saurait en résulter la preuve que les rédacteurs du Code, en protégeant moins efficacement l'intérêt des héritiers, ont entendu l'abandonner d'une façon absolue.

Or, nous l'avons déjà dit, cet intérêt est très digne d'attention ; j'ajoute qu'il a attiré les préoccupations de nos législateurs ; car, dans l'article 783, le Code permet à l'héritier de faire rescinder l'acceptation qu'il a faite d'une succession, dans le cas où cette succession se trouverait diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu.

Il fant même aller plus loin : pourquoi, dans l'article 783, le législateur refuse-t-il la rescision du testament lorsque des libéralités entre-vifs considérables et tenues dans l'ombre viendraient à être découvertes, sinon parce que l'héritier a dans l'article 941 le moyen d'éviter une ruine aussi imprévue qu'imméritée.

Marcadé, il est vrai, soutient que les deux cas ne sont pas absolument les mémes, que le testament, s'il est ilographe, peut être complètement ignoré, tandis que la donation soumise à l'hautenticité et à l'enregistrement est toujours, par la force des choses, connue de plusieurs personnes.

C'est vrai, mais ces personnes ne sont pas l'héritier lui-même, et d'ailleurs en vertu de l'article 1071, là où un mode spécial de publicité est établi, la loi ne tient aucun compte de la publicité de fait.

Marcadé ajoute encore que l'héritier peut être conduit à la ruine par des actes secrets de vente ou d'emprunt, faits sous seing privé par le de cujus, et que cependant la loi ne lni donne aucun moyen de repousser ces actes.

Assurément, répondrens nous, il y a un très-grand danger au cas de vente ou d'emprunt ; mais est-ce là une raison pour enlever à l'héritier le moyen que lui accorde la loi à l'effet d'écarter ce danger dans le cas de donations occultes, qui, à l'inverse des ventes et des emprunts, diminuent sans équivalent le patrimoine.

L'argument d'analogie tiré de l'article 1072 n'est pas davantage concluant ; et, en effet, de deux choses l'une:

Ou bien l'on admet que l'article 1072 s'occupe seulement de la publicité des substitutions, et alors, nous sommes en présence d'un cas différent, avec règles spéciales, et précédents historiques distincts, puisés non dans l'ordonnance de 1731 sur les douations mais dans celle de 1747 sur les substitutions ;

Ou bien l'on admet avec M. Demolombe, que cet article est relatif à la transcription tout à la fois de la donation et de la charge de rendre, et alors l'article 1072 contient une disposition exceptionnelle, s'expliquant par la faveur due aux appelés qui, le plus souvent, ne sont pas encore conçus au moment de la donation.

Nous avons réfuté par avance l'argument tiré de la loi de brumaire, puisque nous avons démontré que nous sommes en présence ici d'une législation distincte et évidemment il ne faut pas s'arrêter au motif tiré par la doctrine des adversaires de ce que la transcription ne s'applique pas aux donations mobilières : ne sait-on pas, en effet, que jusqu'en 1804, le vieil adage, res mobilis, res vilis, était absolument vrai ?

Enfin les dernières hésitations ont disparu pour nous en considérant que les héritiers, qui ont un intérêt évident à la transcription, ne sont nullement en faute, tandis que le donataire, lui, est coupable d'avoir violé une prescription de la loi en négligeant la publicité de la donation qui lui a été faite, publicité si nécessaire au crédit et à la sûreté des transactions.

(Bugnet, sur Pothier t, VIII p. 380, Mourlon, répét. écrites i. II p. 96 et 297).

— Nous venons de voir la situation des successeurs

universels du disposant vis à vis de la transcription ; examinons maintenant celle des successeurs à titre particulier et des créanciers chirographaires.

Et da'bord, le donataire à titre particulier peut-il opposer le défaut de transcription d'une première donation ?

Avant d'aborder ce problème, il faut évidemment mettre de côté le cas où la seconde donation pas plus que la première n'a été transcrite ; en pareille hypothèse, un titre vaut l'autre, et la priorité de date peut seule être une cause de préférence.

Mais supposons que la seconde libéralité a été publiée par la voie légale de la transcription: le titulaire de cette donation pourra-t-il opposer au titulaire de la précédente le défaut de transcription ?

Deux opinions sont encore en présence.

La première soutient la négative, et voici comment elle raisonne :

1° Les articles 939 et suivants ne sont que l'application aux donations de la la loi du 11 brumaire an VII.

Or cette loi n'avait en vue que les créanciers et les acquèreurs à titre onéreux.

Donc telles sont aussi seulement les personnes visées par notre article 941.

2° Un argument d'analogie résulte en outre de l'artcle 1072, car aux termes de cet article, les donataires ne peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription.

3° A l'appui de cette doctrine, on est en droit d'invoquer le rapport de M. Jaubert au Tribunat. rapport qui s'exprime ainsi :

« Il n'y a d'exceptés que ceux qui sont chargés de faire faire la transcription, ou leurs ayants-cause, et le

donateur, ce qui comprend nécessairement *les donataires postérieurs, les cessionnaires, et les héritiers du donateur.*»

4· L'équité milite du reste aussi bien que les textes et les précédents historiques en faveur du premier donataire : car le second combat de lucro captando, à la différence des créanciers et des acquéreurs à titre onéreux, qui combattent de damno vitando.

5· Si le second donataire était en droit d'opposer le défaut de transcription, le premier donataire,à son tour, pourrait l'arrêter, en faisant tomber son titre par l'action Paulienne, qui n'exige que la fraude du donateur, condition sine quà non sans doute, mais qui se rencontre en l'espèce.

A quoi servirait donc d'accorder au second donataire le moyen tiré du défaut de transcription ?

— Malgré ces motifs qui, certes, ne sont pas sans valeur, l'affirmative nous paraît incontestable.

Avant tout, il faut se reporter au texte de l'article 941. Or que dit cet article ?

Que le défaut de transcription est opposable « *par toute personne ayant intérêt.*

Or évidemment le second donataire a intérêt et peu importe que cet intérêt soit plus ou moins favorable, le texte ne distingue pas !

Il est inutile pour nous d'insister sur l'argument tiré de la loi de brumaire, et il nous suffira de rappeler qu'en notre matière elle ne doit pas être considérée comme un guide infaillible, l'article 941 ayant aussi, suivant l'heureuse expression de M. Troplong, *sa vertu propre et son autorité.*

Mais il y a plus, c'est que d'après Merlin, la loi de

brumaire préférait en pareil cas le second donataire; et si on se rappelle que d'après l'ordonnance de 1731 les donataires postérieurs étaient aussi fondés à opposer le défaut d'insinuation, on reconnaîtra qu'à toutes les époques, ce droit leur a appartenu.

Nous arrêterons-nous davantage à l'article 1072 ? Nous l'avons déjà dit, cet article ne peut servir de base à un argument d'analogie, puisqu'il forme une disposition exceptionnellement favorable, motivée par la situation toute spéciale des appelés dans la substitution.

C'est à tort, du reste, que nos adversaires mettent en avant les paroles de M. Jaubert au tribunat: car si on les prenait à la lettre, comme elles excluent les cessionnaires aussi bien que les donataires postérieurs, le droit d'opposer le défaut de transcription n'appartiendrait plus à personne, pas mêmes aux créanciers et acquéreurs à titre onéreux.

Mais on prétend qu'avec l'action Paulienne, le premier donataire pourrait toujours avoir raison du second.

C'est une grande erreur !

Car le donateur peut n'avoir commis aucune faute, par exemple, si la seconde donation a été faite par le premier disposant.

Si d'ailleurs, en thèse générale, ce motif était vrai, il s'appliquerait même aux acquéreurs à titre onéreux, au cas, où, par suite des circonstances, ils auraient eu connaissance de la libéralité non transcrite; or personne ne songe à aller jusque-là.

C'est qu'en effet là ou la loi a substitué un mode de publicité, l'ordre public exige que la simple connaissance de fait ne soit jamais prise en considération; sinon la sanction créée par la loi serait toujours éludée.

La première donation, tant qu'elle n'a pas été transcrite, n'a aucune existence vis-à-vis des tiers, que leur titre soit gratuit ou onéreux, et dès lors comment ce titre pourrait-il faire fraude à des droits qui n'existent pas pour lui; comment une fraude envers le néant pourrait-elle servir de base à l'action Paulienne?

(Contra, Merlin, répert. v° donation, sect. VII, p. 3 et v° transcription p. 6, n° 3, Marcadè, art. 941, Troplong t. III, n°s 1177-1179; conf. Delvincourt t. II p. 74, note 8, Duranton t. VIII, n° 515, Aubry et Rau t. VII p. 86, 87, Mourlon, répét. écrit. t. II p. 346, Demolomb«, donation entre-vifs et testaments, t. III p. 249.)

— Les raisons qui nous ont fait décider que le donataire particulier peut invoquer le défaut de transcription nous imposent la même solution vis-à-vis du légataire à titre particulier.

En vain dit-on que les rédacteurs de nos articles se sont inspirés de la loi de brumaire et que cette loi ne parlait que des tiers *qui avaient contracté* avec l'aliénateur;

Or le légataire n'a pas contracté, le testament n'est pas un contrat!

C'est vrai; mais notre article 941 dont nous ne pouvons mettre de côté les expressions ne reproduit point celles de la loi de brumaire :

« Toutes personnes ayant intérêt, » nous dit-il, et au nombre de ces personnes se trouve sans nul doute le légataire à titre particulier; donc il peut opposer le défaut de transcription.

Duranton, et après lui, M. Demolombe, ont invoqué contre le légataire une autre raison :

Le de cujus devait garantie de ses faits personnels au

donataire : le legs par lequel il l'a dépouillé est une faute dont il est responsable, et qui rend sa succession débitrice vis-à-vis du donataire.

Or le donataire, devenu créancier de la succession, doit être payé avant les légataires : nemo liberalis nisi liberatus ! (art 870 et suivants).

Comment dès lors permettre à un légataire de l'évincer du bien dont dont il devrait recouvrer la valeur intégrale sur la succession avant tout paiement des legs?

Ajoutez que ce n'est pas seulement un légataire et un simple créancier qui se trouvent en présence : le donataire créancier de la succession est en outre titulaire d'un droit de propriété, imparfait sans doute, mais enfin d'un droit de propriété, et il est juste de tenir compte de cette circonstance.

Cette argumentation, pour être très-grave, ne nous a pas convaincu, et nous nous écartons ici de la doctrine de notre illustre maître.

Vis-à-vis du légataire, ayant-cause intéressé, et rentrant dans le texte général de l'article 941, le donataire dont le titre n'a pas été transcrit ne peut invoquer un droit de propriété; il est simplement créancier de la succession, en vertu même du legs qui le dépouille, et, à ce titre, s'il a le droit de se faire indemniser, son recours ne s'exercera sur les legs particuliers qu'en cas d'insuffisance du reste de la succession, et en pareil cas, ce recours ne peut avoir lieu sur tels legs plutôt que sur tel autre, mais sur tous les legs et par voie de contribution, car tous les legs particuliers sont dans une situation égale vis-à-vis des créances de la successien, excepté toutefois dans le cas où la testateur aurait à cet égard manifesté une volonté spéciale.

(Flandin t. II nº 947 et suivants, Toulouse, 28 juillet 1853.)

— Arrivons maintenant aux créanciers chirographaires.

Eux aussi ont intérêt; eux aussi sont compris dans les termes de la règle générale posée par l'article 941!

Cependant on a argumenté de l'article 930 qui ne vise que les donations de biens susceptibles d'hypothèque pour dire que l'article 941 exige un intérêt réel et non point un simple intérêt personnel.

Mais c'est là une déduction véritablement forcée. L'article 939 s'occupe des donations qui doivent être transcrites; l'article 941, des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription, et nous ne voyons pas, au point de vue de l'enchainement logique des idées, la raison en vertu de laquelle un droit réel non transcrit ne pourrait être écarté que par un autre droit réel.

L'argument qu'on a tiré de la loi de brumaire an VII, ne peut davantage nous ébranler, puisque dans l'interprétation de nos articles, nous n'avons admis les décisions de cette loi que sous bénéfice d'inventaire; peu nous importe donc qu'elle repoussât les créanciers personnels!

Ces créanciers ont suivi, disent les adversaires, la foi de leur débiteur. C'est une raison de plus pour qu'ils soient informés des changements que subit son patrimoine, afin qu'ils exigent les garanties jugées dès lors nècessaires, on ne s'aventurent pas à de nouveaux prêts, d'un remboursement désormais aléatoire!

Mais une objection plus grave a été faite:

Les créanciers chirographaires, a-t-on dit, n'ont sur le patrimoine de leur débiteur d'autres droits que les siens; pas plus que lui par conséquent, ils ne peuvent

opposer le défaut de transcription; ce qui seulement leur est permis, c'est de faire tomber la donation au moyen de l'action Paulienne, en vertu de l'article 1167.

Cette objection nous parait exacte jusqu'à ce que les créanciers chirogrophaires aient mis en mouvement le droit de gage qui leur appartient en vertu de l'article 2092; mais dès l'instant où ils ont exercé une saisie, des l'instant où leur droit est devenu distinct de celui de leur débiteur, quand son patrimoine, placé par la saisie sous la main de justice, n'est plus à sa libre disposition, nous croyons que les créanciers chirographaires peuvent opposer le défaut de transcription d'une libéralité entre-vifs et que la saisie pratiquée sur les biens qu'elle comprend est absolument régulière et valable.

Nous pensons même qu'ils ont suffisamment séparé leurs droits des droits de leur débiteur par le fait même de la saisie, et qu'il n'est pas utile d'attendre la transcription de cette saisie. (Art. 681 et 686 du code de Proc.)

D'ailleurs, que l'on admette ou non la constitution d'un droit réel, par le seul fait de la saisie, il n'importe, puisque l'article 941 n'exige pas un droit de cette nature !

— Puisque les créanciers personnels du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, il est intéressant de savoir, au cas de faillite du donateur, le moment précis à partir duquel la transcription ne peut plus s'accomplir.

Si l'on se reporte dans le code de commerce au titre des faillites, on y voit que deux époques sont à distinguer :

1° Les dix jours qui précèdent la cessation des paiements et tout le temps qui s'écoule entre cette cessation de paiements et le jugement déclaratif de faillite.

2° L'époque qui suit ce jugement.

Quant à la seconde époque, celle qui suit le jugement déclaratif de faillite, il ne paraît pas qu'un doute puisse s'élever.

Le failli est alors dessaisi de l'administration de tous ses biens qui sont placés sous la main de justice, afin qu'ils soient réalisés dans l'intérêt commun de tous les créanciers, (art. 430, Code de comm).

La déclaration de faillite produit à cet égard un effet analogue aux conséquences de la saisie, et nous avons vu qu'à partir de la saisie; la transcription de la donation serait inefficace!

Ce n'est pas tout. Aux termes de l'art. 448 (Code de comm) l'inscription des droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis ne peut avoir lieu que jusqu'au jugement déclaratif de faillite.

Or l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque n'a-t-elle pas la plus grande analogie avec la transcription d'une donation; ces deux formalités n'ont-elles pas pour but de porter à la connaissance du public les modifications survenues dans le patrimoine, et n'est-il pas naturel que lorsque le cours des inscriptions est arrêté, le cours des transcriptions le soit aussi.

D'ailleurs il y a mêmes motifs; ne serait-ce pas abuser du crédit que de permettre à un débiteur dont les affaires vont péricliter de s'entendre avec un donataire pour tenir secrètes jusqu'au jour de la déclaration de faillite des libéralités considérables qui réduiraient à rien ou à très peu de chose le gage déjà fortement attaqué de la masse des créanciers.

Ajoutons qu'au moment de la déclaration de faillite,

il faut que ce gage soit arrêté d'une façon définitive, afin de rendre possibles les opérations des syndics.

— Mais que décider pour la première époque, celle qui comprend dix jours avant celui de la cessation des paiements et l'intervalle entre ce jour et le jugement déclaratif?

L'assimilation que nous venons de faire entre l'inscription des privilèges ou hypothèques et la transcription des donations nous amène nécessairement à permettre la transcription jusqu'au jugement déclaratif de faillite, de même que l'article 448 permet l'inscription jusqu'à cette époque.

D'ailleurs jusque-là le failli n'est pas dessaisi de l'administration de ses biens et on ne peut comparer encore sa situation à celle d'un débiteur saisi.

Et enfin, la transcription n'est que le complément de la donation, une mesure conservatoire qui peut être prise par le donataire sans l'intervention du failli, absolument comme l'inscription est prise par le créancier en dehors du débiteur.

L'article 446, il est vrai, annule la donation faite pendant cette période, mais il ne vise pas la simple formalité de la transcription.

Toujours en vertu de notre assimilation, nous décideрons donc en principe que la transcription peut avoir lieu dans cette première période, mais que s'il s'est écoulé un délai de plus de quinze jours entre la donation et la publicité, la transcription pourra être déclarée nulle !

(Troplong t. III nos 1161-1163, Aubry et Rau t. VI p. 84; Demolombe, loco citato. p. 263).

— En terminant l'étude de nos articles, nous devons

remarquer que le défaut de publicité légale peut être invoqué, encore bien que les tiers aient eu connaissance de la donation d'une autre manière ; car l'article 1071 qui établit cette disposition en matière de substitutions doit être pris comme l'énoncé d'un principe général dicté par des considérations d'ordre public.

Dans notre matière, et, depuis la loi du 23 mars 1855, dans toutes les transmissions de biens, la publicité légale est la condition sine qua non de cette transmission à l'égard des tiers.

Mais nous ne voyons rien qui empêche une personne intéressée de renoncer, même à l'avance, au droit d'invoquer le défaut de transcription.

C'est l'application du droit commun, et d'ailleurs notre opinion se trouve virtuellement consacrée par la suppression de la disposition finale contenue dans l'article 27 de l'ordonnance sur l'insinuation, disposition que nous avons fait connaître précédemment.

Influence sur la transcription des donations de la loi du 23 mars 1855.

Cette loi, dans son article 11, a maintenu expressément les textes du Code civil relatifs à la transcription des donations :

« Il n'est point dérogé, dit cet article, aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre ; elles continueront à recevoir leur exécution ».

De là, depuis 1855, deux sortes de transcriptions dans notre droit civil,

La transcription des donations, régie par le Code,

Et la transcription des autres actes translatifs de droits réels, régie par la loi du 23 mars 1855.

Maintenant encore, aux termes de l'article 11, la transcription des donations a ses règles propres, et les personnes admises aujourd'hui à se prévaloir de l'absence de cette formalité sont toujours celles que nous avons indiquées dans l'étude de nos articles 939 et suivants.

Ainsi les créanciers chirographaires jouissent encore de cet avantage à l'encontre des donataires, tandis qu'il leur est formellement refusé par la loi de brumaire à l'encontre des autres acquéreurs !

Malgré la formule très-explicite de l'article 11, deux questions restent controversées dans la doctrine, et l'étude de ces deux questions, en précisant l'influence de

la loi nouvelle, complétera les développements réclamés par notre thèse.

I. Depuis la loi nouvelle, l'acquéreur à titre onéreux qui n'a pas fait transcrire son titre d'acquisition peut-il opposer à un donataire antérieur qui, lui non plus, n'a pas fait transcrire, l'absence de cette formalité ?

La négative est soutenue.

Et, en effet, dit-on, si vous consultez les termes de l'article 3 de loi de 1855, vous verrez que l'esprit de cette loi consiste à refuser aux droits réels l'existence vis à vis des tiers tant qu'ils n'ont pas été transcrits, en d'autres termes, tant que le titulaire n'a pas rempli les formalités voulues pour les conserver conformément aux lois.

Le donataire devait transcrire en vertu de l'article 939 du Code civil ; l'acquéreur à titre onéreux y était obligé en vertu de la loi de 1855, et ni l'un ni l'autre ne l'ont fait,

Dès lors ne doit-on pas décider entre eux comme on déciderait entre deux donataires successifs qui ni l'un ni l'autre n'auraient requis la transcription de leur contrat, et accorder la préference à la priorité de la date ?

(Flandin t. II, nº 952).

— Ces arguments sont spécieux, mais ils n'entraînent pas notre conviction :

L'article 11 de la loi de 1855 laisse les donations sous l'empire des articles 939 et suivants du Code civil.

Or, sous l'empire du Code, l'acquéreur à titre onéreux acquiert la propriété erga omnes indépendamment de la transcription, et c'est armé d'un titre non transcrit qu'il pouvait opposer au donataire le défaut de l'inscription de la libéralité.

Donc, encore aujourd'hui, en vertu de l'article 11, il n'est pas obligé à la transcription pour méconnaître la donation antérienre qui n'a pas été publiée légalement !

Les créanciers chirographaires, cela n'est pas contesté, peuvent, même depuis 1855, opposer aux donataires le défaut de transcription ; comment refuser cette faculté aux acquéreurs qui ont sur l'immeuble un droit réel ?

Sans doute, dans le domaine de la la loi de 1855, il faut, en vertu de l'article 3, avoir fait transcrire son titre pour opposer à un autre ayant-cause le défaut de publicité ;

Mais ici nous sommes dans le domaine du Code civil et le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt.

Donc, encore aujourd'hui, l'acquéreur a titre onéreux, bien qu'il n'ait pas transcrit, peut invoquer le bénéfice de l'article 941 !

(Lesenne, de la transcripfion, n° 166 ; Demolombe, loco citato, p. 305).

II — Mais nous ne croyons pas enfreindre la disposition de l'article 11 en soumettant à la transcription, telle qu'elle est établie par la loi nouvelle les donations de biens immeubles non susceptibles d'hypothèques.

Il est vrai que ces donations, sous l'empire du code, n'étaient soumises à aucune publicité et l'on a dit avec une certaine apparence de raison qu'en ajoutant aux dispositions du code sur les donations, c'était y déroger par cela même, puisqu'une addition, c'est encore, en définitive, un changement et une dérogation ! (Mourlon, de la transcription, n°s 112, 113).

Une pareille doctrine nous paraît trop judaïque et trop contraire au véritable esprit de la loi de 1855,

Cette loi a eu pour but de soumettre toutes les mutations immobilières au régime de la publicité dont elle a fait, avec grande raison, un principe général et essentiel de notre droit civil.

Pourquoi a-t-elle laissé les donations sous l'empire du code civil ?

Parce que déjà, sous le code civil, les donations étaient portées par un mode légal de publicité à la connaissance des tiers, et que, d'autre part, elle a voulu respecter dans la mesure du possible le magnifique monument de législation qu'elle voulait non pas corriger, mais compléter.

Dès lors, elle eût marché en sens inverse du but qu'elle se proposait d'atteindre si, tout en laissant subsister le régime ancien de publicité pour les donations qui y étaient soumises, elle n'avait pas imposé le régime nouveau aux donations exemptes de la transcription sous le code civil, et nous aurions à déplorer dans l'organisation nouvelle des mutations de droits réels une lacune très-importante.

D'ailleurs, en appliquant aux donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation, la transcription de la loi de 1855, nous restons dans le statu quo sainement entendu, puisque nous laissons ces donations, aujourd'hui comme autrefois sous l'empire du droit commun, dont il est naturel et légitime qu'elles suivent les destinées, n'étant pas soumises à un régime spécial et à une organisation distincte.

Nous nous maintenons donc, avec cette théorie, dans les véritables termes de l'article 2, et, de plus, nous

nous conformons à la lettre même de l'article 12, qui soumet à la transcription de la loi nouvelle « tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'abitation. » (Demolombe, loco citato p. 308 et 309 ; Aubry et Rau t. VI p. 91).

— C'est aussi dans ce sens qu'il faut interpréter les articles 4 et 2 n° 5 de la loi nouvelle, et nous soumettrons encore à la transcription organisée par cette loi tout jugement prononçant la nullité ou la révocation d'une donaiion transcrite, et tout acte entre-vifs ou jugement constatant la remise ou la cession à titre gratuit de loyers on fermages non échus, à moins que le remise n'ait été consentie pour moins de 3 années.

— En résumé, la loi du 23 mars 1855 a mainenu intégralement toutes les dispositions positives du Code civil sur la transcription des donations, et s'il eût été excellent de réduire la publicité des mutations immobilières à un régime unique, simplifiant le travail des commentateurs et diminuant les préoccupations des praticiens, on ne saurait que féliciter les nouveaux législateurs d'avoir eu pour l'œuvre de leurs devanciers le respect le plus absolu. et de n'avoir pas osé déranger la moindre pierre à ce superbe monument du Code civil, dont les lignes si imposantes et les proportions si justes abritent des institutions si vraies et si équitables que les gouvernements les plus divers se sont succédédans notre pays depuis près d'un siècle sans qu'aucun d'eux ait jamais eu la pensèe ou la force de le renverser ni même d'y porter une sérieuse atteinte.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I.

Dans les limites du modus établi par la loi Cincia. les personnes non exceptées restaient sous l'empire de l ancien droit.

II.

Le modus de la loi Cincia devait être un chiffre uniforme et invariale, probablement deux cents solides.

III.

La règle Morte Cincia removetur n'est pas absolue et exige du donataire la preuve que le donateur est resté jusqu'à sa mort avec l'intention libérale.

IV.

Le caractère populaire de l'exception legis Cinciæ était contesté avec raison par les Sabiniens.

V.

La loi Cincia n'avait pas pour but la prohibition absolue des donations supra modum ; aussi le paiement fait après donation par voie de promesse ne pouvait donner lieu à une condictio ex injusta causà, mais à une condictio indebiti.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I.

Les donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation n'étaient pas sous l'empire du Code civil soumises à la transcription.

II.

L'institution contractuelle est soumise à la transcription des articles 939 et suivants du Code civil.

III.

Le curateur du mineur émancipé n'est pas obligé de faire transcrire la donation faite à ce mineur.

IV.

L'ayant-cause à titre particulier du mari donateur peut opposer le défaut de transcription à la femme donataire ;

Mais la femme donataire, créancière du mari responsable du défaut de transcription, peut exercer sa cré-

ance au rang de l'hypothèque légale contre les tiers acquéreurs ou détenteurs des immeubles du mari.

V.

L'héritier du donateur et ses autres successeurs universels, les donataires et légataires à titre particulier, les créanciers chirographaires, après avoir opéré la saisie, peuvent opposer le défaut de transcription.

VI

Depuis la loi de 1855, l'acquéreur à titre onéreux qui n'a pas transcrit, peut, comme avant cette loi, opposer le défaut de transcription.

PROCÉDURE CIVILE.

Lorsqu'un légataire universel, institué par testament olographe, a obtenu, conformément à l'article 1008 du Code civil, l'ordonnance d'envoi en possession, il n'en reste pas moins chargé du fardeau de la preuve dans la procédure en verification d'écritures.

DROIT PÉNAL.

Les Tribunaux correctionnels sont dessaisis de l'action civile intentée accessoirement à l'action publique, lorsque cette dernière s'éteint avant jugement.

DROIT COMMERCIAL.

La transcription des donations peut avoir lieu jusqu'au jugement déclaratif de la faillite du donateur.

DROIT ADMINISTRATIF.

L'article 17 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, n'a pas été modifié par la loi des 23-26 Mars 1855.

DROIT INTERNATIONAL.

La femme, mariée à un étranger, ne peut avoir d'hypothèque légale sur les biens de son mari, situés en France, que sous deux conditions:

1° Que la loi personnelle de son pays lui accorde l'hypothèque légale.

2° Que le mariage ait été célébré par un officier de l'état civil français.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
C. DEMOLOMBE.

Vu :
Le Président de la thèse,
R. TOUTAIN.

Permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
LIARD.